

ISSN 2695-8597

ACTAS

IV CONGRESO INTERNACIONAL DE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO

LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN:

RESPUESTAS DESDE AMÉRICA LATINA Y LA UNIÓN EUROPEA

ISSN 2695-8597

José Díaz Lafuente
Gilvan Luiz Hansen
Mercedes Guinea LLorente
Eder Fernandes Monica
(organizadores)

ACTAS

IV CONGRESO INTERNACIONAL DE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO

LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN:

RESPUESTAS DESDE AMÉRICA LATINA Y LA UNIÓN EUROPEA

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

Universidade Federal Fluminense

INSTITUTO GILVAN HANSEN

IV CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO

19 A 22 DE OCTUBRE DE 2020
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA
DEPARTAMENTO DE RELACIONES INTERNACIONALES Y HISTORIA GLOBAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
MADRID - ESPAÑA

Dirección Académica

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (UFF)
Prof. Dr. José Díaz Lafuente (UCM)

Coordinación Académica

Profa. Dra. Mercedes Guinea Llorente (UCM)
Prof. Dr. Eder Fernandes Monica (UFF)

Comité Científico

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid)
Vittorio Amato (Universidad de Nápoles Federico II)
Roberta Baggio (Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Daniel Borrillo (Université Paris II - CERSA/CNRS)
Valentín Bou Franch (Universitat de València)
Esther del Campo García (Universidad Complutense de Madrid)
Francisco Tortolero Cervantes (Universidad Nacional Autónoma de México)
Paloma González Gómez del Miño (Universidad Complutense de Madrid)
Teresa Fajardo del Castillo (Universidad de Granada)
Marcos Leite Garcia (Universidade do Vale de Itajaí)
Maria José Magalhães (Universidade do Porto)
Paloma Román Marugán (Universidad Complutense de Madrid)
Argemiro Cardoso Moreira Martins (Universidade de Brasília)
Gema Sánchez Medero (Universidad Complutense de Madrid)
Gustavo Silveira Siqueira (Universidade Estadual do Rio de Janeiro)

Secretaría

Maria Vitória Borges
Anna Cecília Faro Bonan
Elen García García
Izabel Portocarrero
Joyce Lyra
Laura Magalhães
Natália Oliveira
Paola Porto
Yan Sant'Anna
Gabriel Hansen
Karen Colen
Marcelo Jarreta
João Schuab

M744t MONICA, Eder Fernandes; H249t HANSEN, Gilvan Luiz; L171t DÍAZ Lafuente, José; L792t GUINEA Llorente, Mercedes (Orgs.).

ACTAS: IV Congreso Internacional Globalización, Ética y Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L.; DÍAZ L., J.; GUINEA L., M. (Orgs.). - Madrid, Universidad Complutense de Madrid; Niterói, Universidad Federal Fluminense, 2020.

2311 p.

ISSN 2695-8597

1. Relaciones Internacionales 2. Democracia 3. Derecho 4. Ciudadania

I. Título. II. Autor.

CDD: 340

CDU: (058)

PROGRAMA DE CONFERENCIAS, MESAS REDONDAS Y GRUPOS DE TRABAJO

LUNES 19 DE OCTUBRE

15.30-16.00. ACTO DE APERTURA DEL CONGRESO INTERNACIONAL

María Esther del Campo García. Decana de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. UCM

Paloma González Gómez del Miño. Directora del Departamento de Relaciones Internacionales e Historia Global. UCM.

José Díaz Lafuente. Director del Congreso. Profesor del Departamento de Relaciones Internacionales e Historia Global. UCM.

Gilvan Luiz Hansen. Director del Congreso. Profesor del Departamento de Derecho. Universidade Federal Fluminense.

16.00-17.00. CONFERENCIA DE INAUGURACIÓN.

Ramón Jáuregui. Presidente de la Fundación Euroamérica. "LA ERA DE LA INCERTIDUMBRE: tendencias y urgencias".

Presenta: Gilvan Luiz Hansen. Director del Congreso. Profesor del Departamento de Derecho. Universidade Federal Fluminense.

17.30-20.00. CELEBRACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GRUPOS DE TRABAJO 1º,2º,3º, 4º.

MARTES 20 DE OCTUBRE DE 2020

15.30-17.30. MESA REDONDA I. “Los desafíos actuales de la globalización: medio ambiente, desarrollo sostenible y emergencia sanitaria global”.

Francisco Aldecoa. Catedrático de Relaciones Internacionales UCM. Presidente del Consejo Federal Español del Movimiento Europeo.

Carlos Minc. Ex-Mnistro de Medio Ambiente 2008-2010. Fundador del Partido Verde en Brasil. Diputado Estadual. Profesor Emérito de la UFRJ.

Teresa Fajardo. Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Granada.

Flavia Piovesan. Integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ex-Secretária Especial de Derechos Humanos de Brasil. Profesora PUC-SP.

Modera: José Díaz Lafuente. Director del Congreso. Profesor de Relaciones Internacionales UCM.

17.30-20.00. CELEBRACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GRUPOS DE TRABAJO 5º,6º,7º, 8º.

MIÉRCOLES 21 DE OCTUBRE DE 2020

15.30-17.30. MESA REDONDA II. "Las respuestas desde la UE y América Latina: hacia nuevos modelos de cooperación".

Ramón Jáuregui. Presidente de la Fundación Euroamérica.

Raphael Carvalho de Vasconcelos. Profesor de Derecho Internacional de UERJ. Ex-Secretario de Mercosur.

Valério de Oliveira Mazzuoli Profesor. Profesor de Derecho Internacional de UFMT, conferencista y consultor.

Valentin Bou Franch. Catedrático de Derecho Internacional Público. Universitat de València.

Modera: Mercedes Guinea Llorente. Coordinadora del Congreso. Profesora de Relaciones Internacionales UCM.

17.30-20.00. CELEBRACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GRUPOS DE TRABAJO 9º,10º,11º, 12º.

JUEVES 22 DE OCTUBRE DE 2020

16.00-17.00. CONFERENCIA DE CLAUSURA

Thula de Oliveira Pires. Profesora de Derecho. PUC-RIO. "Las luchas negras transnacionales y los límites de la humanidad"

Presenta: Eder Fernandes Monica. Coordinador del Congreso. Profesor del Departamento de Derecho. Universidade Federal Fluminense.

17.30-20.00. CELEBRACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GRUPOS DE TRABAJO 13º,14º,15º, 16º.

19.30-20.00. ACTO DE CLAUSURA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 16

GT 01: Regionalismos en América Latina y Europa: entre integración y desintegración

LA POLÍTICA CULTURAL DE LA UNIÓN EUROPEA: análisis del proceso de integración a las relaciones culturales internacionales 19

LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LA UE EN EL SENO DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA 48

GT 02: Migraciones y control de fronteras en un mundo globalizado: desafíos en América Latina y en la Unión Europea

DESAFIOS EPISTEMOLÓGICOS DA PESQUISA: Pacaraima, terra sem lei? 61

LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA HACIA EL MAGREB Y SAHEL: externalización de fronteras y securitización de migraciones 78

EL PACTO EUROPEO PARA LA MIGRACIÓN Y EL ASILO: énfasis en la cooperación con terceros Estados 96

LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES: un verdadero desafío para España 114

LA ACOGIDA DE PERSONAS LGTBI EN EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: tres cuestiones problemáticas 131

GT 03: Retos en materia de seguridad y defensa en América Latina y en la Unión Europea

EL DESAFÍO DEL APOYO EUROPEO A LA PAZ EN COLOMBIA: balance en materia de seguridad a los cuatro años de la firma del Acuerdo de paz 157

LAS NORMAS INTERNACIONALES COMO INSTRUMENTO ANTE EL CAMBIO HEGEMÓNICO: un falso debate entre la ética y la seguridad en un entorno globalizado 171

RESPONDIENDO A LA CRISIS EN MALI: un análisis comparado del rol de EUTM, MINUSMA y BARKHANE 211

GT 04: Los nuevos modelos de cooperación al desarrollo entre América Latina y la Unión Europea

GÉNERO, CUESTIÓN SOCIAL Y SOSTENIBILIDAD: en búsqueda del punto de convergencia 252

TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO: desafios do Projeto de Lei nº 3.887/20 e a experiência europeia no tocante à responsabilidade tributária e ao modelo de tributação 270

GT 05: Valores y cultura jurídica comunes: el diálogo entre América Latina y Europa

ONDE O PRIVILÉGIO COMEÇA E O DIREITO TERMINA: uma necessária delimitação 297

MEMÓRIA INSTITUCIONAL E SABERES POPULARES EM ATIVIDADES DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIAS: dilemas para uma decolonização discursiva 312

A TENDÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO NA MEDIAÇÃO: o mediador nos processos de recuperação e falência de empresas 320

A EFICÁCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS À SOBERANIA NACIONAL 332

O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL E EM PORTUGAL: uma análise dos impactos da Reforma Pombalina nos ensinos de Coimbra, São Paulo e Olinda 354

A JUSTIÇA ESTÁ ON-LINE: Os Tribunais Superiores e os julgamentos por videoconferência no Brasil e na Espanha 370

CONTRIBUTOS SPINOZANOS À CRÍTICA AO CONCEITO DE IDENTIDADE SOCIAL 389

A INADEQUAÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO NA REALIDADE BRASILEIRA: provocações críticas a partir de Nancy Fraser e Judith Butler 407

GT 06: Los desafíos del constitucionalismo ante la globalización en América Latina y Europa. Institucionalización de nuevos modelos de gobierno y de participación de la sociedad civil

A CRISE DO FEDERALISMO BRASILEIRO: o papel do Consórcio Nordeste para a manutenção do pacto federativo no contexto da pandemia da COVID-19 422

O REFLEXO DE UMA ANISTIA 'RESTRITA' NA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO: a identificação das violações de Direitos Humanos aos camponeses no estado de Goiás durante a Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) 442

ATIVIDADE LEGISLATIVA E POLÍTICA QUILOMBOLA: ruralistas e os projetos no congresso nacional entre 1988 a 2020 470

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: um estudo comparado entre Brasil e Uruguai 503

PODERES CONSTITUINTES INFORMAIS NA AMÉRICA-LATINA: a "autoproclamação presidencial" na Bolívia e na Venezuela e os caminhos para uma integração conservadora 533

PANDEMIA EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO O LA TEOLOGÍA DE LOS POPULISMOS: tres pecados y una penitencia a modo de conclusión 560

NACIONALISMO E PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL. Riscos e Desafios ao Constitucionalismo Latino-Americano no contexto de pandemia da COVID-19 586

MODERNIDADE PERIFÉRICA E AS CRISES DEMOCRÁTICAS NA BOLÍVIA 607

GT 07: Los desafíos de la globalización para el derecho internacional de los derechos humanos

(RE)PENSANDO A SOCIEDADE INTERNACIONAL EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO: os desafios dos direitos humanos e do cosmopolitismo pluralista a partir de Ulrich Beck 628

EL ACAPARAMIENTO DE TIERRAS COMO DESAFÍO GLOBAL: un enfoque basado en el derecho internacional de los derechos humanos 656

LA ADEHSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: análisis de um mandato in albis 677

DERECHOS HUMANOS Y LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD: los retos del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria . 703

CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHOS HUMANOS: reflexiones acerca del derecho humano a gozar de um medio ambiente sano y equilibrado ... 728

SEIS ALTERNATIVAS DE ACCIÓN ESTATAL ANTE LA TENSIÓN DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS 752

REDPO E IPPDH COMO INSTITUIÇÕES PROPULSORAS PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MERCOSUL 769

LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN EL ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES 787

GT 08: Hacia un marco de justicia global: los avances en justicia penal internacional en la sociedad del siglo XXI

EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL SIGLO XXI: un breve análisis de su evolución, articulación y mecanismos de persecución 801

A ASSIMETRIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS DEMONSTRADA PELO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: herança do sistema inquisitório no sistema processual penal brasileiro 826

GT 09: Las nuevas tecnologías y los retos para la protección de datos en América Latina y Europa

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ERA DIGITAL: uma análise jurisprudencial sobre Europa e Brasil 854

O PROCESSAMENTO DE DADOS COMO MECANISMO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM SMART CITIES: algumas considerações em tempos de COVID-19 874

PROTEÇÃO DE DADOS E PLATAFORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: desafios da segurança da informação e oportunidades 889

POPULISMO E E-DEMOCRACY 903

DIREITO À EDUCAÇÃO, DESIGUALDADES SOCIAIS E ENSINO EMERGENCIAL REMOTO EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL 931

GT 10: Género y sexualidad: la igualdad como asignatura pendiente para la sociedad del siglo XXI

LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO EN LA EUROPA DE LA IGUALDAD 955

A INTERSECCIONALIDADE ENTRE IDENTIDADE DE GÊNERO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO 980

“CURA", DISCIPLINA E PUNIÇÃO: as terapias de conversão nas clínicas do Brasil e do Equador 1009

MULHERES EVANGÉLICAS E DESIGUALDADE DE GÊNERO: o reconhecimento de um problema público no Brasil e na Alemanha 1025

O USO DA ESTERILIZAÇÃO COERCITIVA COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO REPRODUTIVO DE MULHERES INCAPACITADAS PELO USO DE DROGAS: a (in)constitucionalidade da concessão da medida pelo Poder Judiciário brasileiro 1049

OS IMPACTOS DA NOVA CLASSIFICAÇÃO DA OMS PELA DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE: um estudo comparado entre Brasil e Espanha 1078

NEGOCIAÇÃO COLETIVA DAS DOMÉSTICAS: uma leitura interseccionada da organização sindical 1102

SILÊNCIO NA "GRANDE NOITE": feminicídio negro e o reflexos da necropolítica no Brasil 1123

A REFORMA COMPUSÓRIA DE MILITARES TRANSEXUAIS DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS SOB UMA PERSPECTIVA GLOBAL COMPARADA 1137

CENTRAIS SINDICAIS E LUTA CONTRA A LGBTFOBIA NO BRASIL: a inclusão da diversidade no ambiente de trabalho 1176

A INFLUÊNCIA DAS MANIFESTAÇÕES DO COLETIVO CHILENO LAS TESIS PARA A SUBVERSÃO DO CONCEITO DE ASSEMBLEIA 1200

REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: o eterno retorno à divisão sexual do trabalho 1212

AOS PÉS DA MULHER ARANHA: relendo as notas de rodapé do romance de Manuel Puig 1232

GT 11: Los desafíos de la globalización en los nuevos modelos de producción, las relaciones laborales y los derechos sociales

AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL E O SEU PROCESSO DE PRECARIZAÇÃO: um estudo comparativo com institutos europeus 1256

EL DERECHO A SER CUIDADO Y LOS DERECHOS DE CUIDADORES DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN EL MODELO ESPAÑOL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA 1278

"A HISTÓRIA QUE A HISTÓRIA NÃO CONTA": Organizações e disputas narrativas pelas lentes dos entregadores grevistas na América Latina em 2020 1300

OS SERVIÇOS DE ENTREGA POR APLICATIVO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 1324

A QUESTÃO SOCIAL DA TRANSIÇÃO À PAZ NA COLÔMBIA: uma análise da cidadania das vítimas e dos instrumentos institucionais de reparação 1353

O TRABALHO DECENTE EM MEIO À CRISE: um olhar sobre o trabalho alienado no contexto da pandemia da Covid-19 1380

INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: diálogos entre a União Europeia e a América Latina 1397

ECONOMIA SOLIDÁRIA E RELAÇÕES DE TRABALHO: uma experiência de pesquisa-ação na Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive – AMCEV 1426

A "UBERIZAÇÃO" E O IMPORTANTE PAPEL JURISDICIONAL INTERPRETATIVO NO RECONHECIMENTO DESTA RELAÇÃO DE EMPREGO 1445

A "UBERIZAÇÃO" DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: o vínculo empregatício entre motoristas e aplicativos de transporte 1466

A PERSPECTIVA DE BEM-ESTAR SOCIAL RESIDUAL DOS TERRITÓRIOS MINERADOS NO NOROESTE DO PARÁ, BRASIL 1478

GT 12: Las respuestas al marco multilateral del comercio internacional

A INTEGRAÇÃO DIGITAL COMO PREMISSA À EFICIÊNCIA DO MULTILATERALISMO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL 1496

UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL: impossibilidade de comparação entre os dois blocos à luz do processo de integração 1511

REFLEXOS DA GOVERNANÇA NAS COMPRAS PÚBLICAS E NO COMBATE À FRAUDE NO ACORDO ENTRE O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPEIA: mecanismos de integridade eficiente no combate as barreias de entrada nos mercados econômicos 1524

O ACORDO DE ASSOCIAÇÃO MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA E A VIABILIDADE DE FOMENTO À TRANSFERÊNCIA DIRETA DE KNOW HOW PARA OS PAÍSES SUL-AMERICANOS 1546

UE-MERCOSUR: ¿UN MODELO PARA ACUERDOS BIRREGIONALES FUTUROS? Especial referencia a UE-ASEAN 1567

ANÁLISE DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DA LEI DE PROTEÇÃO DE CULTIVARES COMO INSTRUMENTOS DE SEGURANÇA JURÍDICA AO INVESTIMENTO EUROPEU NO BRASIL 1589

BRASIL, PAÍS EM DESENVOLVIMENTO? Desafios frente à OCDE e OMC 1605

PERSPECTIVAS DE UMA INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA INTRABLOCO NO MERCOSUL 1629

INOVAÇÕES DIGITAIS E A SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS NO MERCADO BRASILEIRO 1653

GT 13: La conservación del medio ambiente, el desafío climático y los conflictos socioambientales: respuestas desde AL y Europa

LAS CONTRIBUCIONES DETERMINADAS A NIVEL NACIONAL EN EL MARCO DEL ACUERDO DE PARÍS AMÉRICA LATINA Y UE: estudio de casos 1667

GLOBALIZACIÓN Y ECOLOGÍA: aportaciones desde los documentos "Laudato si´" y "Querida Amazonia" del Papa Francisco 1691

AMÉRICA LATINA E SUAS CONTRIBUIÇÕES EM DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao direito interno 1712

TURISMO DE PROTAGONISMO COMUNITÁRIO NO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA: possibilidades de reafirmação territorial quilombola da comunidade Cafundá Astrogilda 1733

PRÁCTICAS DESARROLLADAS TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DEL ANEXO VI DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN POR LOS BUQUES (MARPOL) EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA 1769

TEORIA TRIFÁSICA: o dano existencial em conflitos socioambientais a partir de estudo de caso de pescadores tradicionais nas grandes tragédias da mineração 1807

O BRASIL E A PRÓXIMA PANDEMIA: o desmonte ambiental 1835

ECONOMIA CIRCULAR À MODA BRASILEIRA: um estudo exploratório a partir da interface entre economia circular e bem viver 1857

FOGO QUE ARDE E (NÃO) SE VÊ: o incêndio no Pantanal e o consumo de animais não-humanos 1883

SUSTENTABILIDADE ESTRUTURAL: o caso dos criadouros de jacaré na reserva extrativista Lago do Cuniã, no Estado de Rondônia, Brasil 1912

EL «APARTHEID CLIMÁTICO» 1928

"A SIRENE NUNCA SALVOU A VIDA DE NINGUÉM": apontamentos para a contra colonização em áreas mineradas 1948

GT 14: Los desafíos de la globalización en el sistema mundial de alimentos

PROPUESTA DE MODELO ECONÓMICO COOPERATIVO MIXTO EN LA COMUNIDAD INDÍGENA TOTORÓ (COLOMBIA) 1969

DO MICRO AO MACRO, DO FOGO AO VÍRUS: como a exploração de não-humanos para fins alimentares impacta a saúde planetária 1986

ALIMENTAÇÃO ESCOLAR E A PRODUÇÃO ORGÂNICA: uma política alimentar para as escolas do campo no município de Santarém/PA 2008

GT 15: Información, libertad de expresión y "fake news": los desafíos de la comunicación en América Latina y en la Unión Europea

A DOMESTICAÇÃO POLÍTICA ATRAVÉS DA COMUNICAÇÃO ESTRATÉGICA 2031

ANÁLISIS SOBRE LA POSIBLE INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y VOX EN LA ESTIGMATIZACIÓN DE LOS MUSULMANES EN ESPAÑA 2049

A SÉRIE "O MECANISMO" E AS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2018 NO BRASIL 2076

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS SITEMAS REGIOALES DE DERECHOS HUMANOS EN IBEROAMÉRICA Y EUROPA 2095

MECANISMOS DE EXCLUSÃO DIGITAL E DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO 2113

O DESAFIO DA ESCOLA DA PALAVRA NA EUROPA E NA AMÉRICA LATINA GLOBALIZADAS 2130

DESINFORMACIÓN EN CONTEXTOS ELECTIVOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: la falta de convencionalidad de la ley brasileña 13.834/2019 2143

DESINFORMACIÓN Y DEMOCRACIA: el impacto de las fake news en los sistemas políticos de América Latina 2166

A ESFERA PÚBLICA DIGITAL E O DESMONTE DA UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA 2188

LA UE FRENTE A LA DESINFORMACIÓN, EL DILEMA DE LA REGULACIÓN 2200

GT 16: Manifestaciones del Crimen Organizado en América Latina y la Unión Europea. Retos y amenazas a la seguridad

LA AGENCIA EUROPEA DE SEGURIDAD: Luchando contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos 2225

ESCENARIOS DEL CRIMEN ORGANIZADO POST PANDEMIA 2246

ORGANIZED CRIME, TERRORISM, OR INSURGENCY? REFLECTIONS ON MEXICO 2275

EXTREMAR LA VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA DE TRATA: la explotación para cometer delitos 2296

PRESENTACIÓN

El IV Congreso Internacional sobre Globalización, Ética y Derecho persigue la reflexión y el debate conjuntos sobre los desafíos comunes que la globalización implica en América Latina y en la Unión Europea, así como el análisis crítico de las respuestas a los mismos con el fin de identificar los marcos de cooperación y diálogo para los nuevos modelos y estructuras de gobernanza global de la sociedad internacional del siglo XXI.

Las principales áreas de análisis común son:

a. Los desafíos existentes en los procesos de integración regional.
b. Los nuevos modelos de cooperación al desarrollo América Latina - Unión Europa.
c. Los nuevos desafíos en seguridad y defensa en Europa y en América Latina.
d. Los nuevos paradigmas del comercio internacional.
e. Los efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones internacionales, en la protección de los derechos fundamentales, en las relaciones laborales, en el consumo y en los sistemas electorales.
f. La igualdad de género y la protección efectiva de los derechos humanos.
g. Los avances en la justicia penal internacional y en la lucha contra el crimen organizado.
h. El auge de los nacionalismos, de los partidos de extrema derecha y los desafíos para el constitucionalismo en América Latina y Europa.
i. La marginalización de determinados sectores de la población y el incremento de las desigualdades.
j. Los desplazamientos humanos y el control de las fronteras en un mundo globalizado.
k. Los retos medioambientales, los efectos de la globalización en el sistema mundial de alimentos y las desigualdades norte-sur.
l. Los desafíos de la comunicación en América Latina y en la Unión Europea.

ENTIDADES PARTICIPANTES

Universidad Complutense de Madrid

Universidade Federal Fluminense

Instituto Gilvan Hansen – IGH

Escuela de Gobierno - UCM

Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación UNISCI

Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación (IUDC-UCM)

Universidade de Vigo

Universidade Federal do Maranhão

Universidade Federal de Minas Gerais

Universidade Estadual de Londrina

Fundação Oswaldo Cruz – Rio de Janeiro

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro

Universidade Federal de Juiz de Fora

Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

GT 01

Regionalismos en América Latina y Europa: entre integración y desintegración

COORDINACIÓN:
Mercedes Guinea Llorente (UCM) y Sérgio de Mattos Pauseiro (UFF)

DESCRIPCIÓN: El objeto de este grupo de trabajo será analizar las dinámicas actuales de cooperación e integración regional en América Latina y Europa, en un contexto internacional multipolar y de auge de las ideologías antiglobalización, donde el multilateralismo se encuentra cuestionado y se vuelve a prácticas proteccionistas. En el caso de la Unión Europea resulta especialmente relevante abordar en profundidad sus desafíos actuales, teniendo en cuenta las implicaciones de un cambio constitucional como es el Brexit, factores como el euroescepticismo y la división entre Estados miembros y el nuevo proceso de reflexión sobre la siguiente etapa en la integración, la Conferencia sobre el Futuro de Europa. En América del Sur, cambios en el liderazgo político que pueden dificultar la integración de la región, con consecuencias que se reflejan en la democracia y la protección de los derechos humanos.

LA POLÍTICA CULTURAL DE LA UNIÓN EUROPEA: análisis del proceso de integración a las relaciones culturales internacionales

Lian Martínez Moya
Universidad Complutense de Madrid
graduada en Relaciones Internacionales
lianmart@ucm.es

Resumen: El protagonismo de la cultura en la agenda política de la Unión Europea ha respondido a los desafíos a los que se ha ido enfrentando a lo largo de sus 63 años, en los que, a pesar de su déficit cultural inicial en el articulado de los Tratados Constitutivos, la cuestión cultural se afianzó en el entramado normativo en 1992, con el Tratado de Maastricht. Esta evolución fue acompañada de un cambio en el énfasis de la integración; de percibirla como el resultado racional de la unión económica y la armonización legal, a concebirla como un proceso cultural y a la cultura como un instrumento político para promover esta construcción y fomentar una identidad europea. Estudiar el tratamiento de la cultura desde las instituciones europeas implica hacer un recorrido histórico-político de las principales manifestaciones culturales en Europa con el objetivo de establecer los contornos antropológicos de la integración europea, así como de las razones y dinámicas de la politización de la cultura. Todo ello partiendo de la subordinación a los imperativos políticos del momento, que fueron de la necesidad de dotar de legitimidad a las instituciones de la UE y al sistema de gobernanza transnacional, a la adopción de una interpretación de la cultura más instrumentalizada y economicista.

Palabras clave: política cultural europea, integración europea, identidad europea.

Abstract: The prominence of culture on the political agenda of the European Union has responded to the challenges it has been facing throughout its 63 years, in which, despite its initial cultural deficit on the Treaties, the cultural issue was consolidated in the normative framework in 1992, with the Maastricht Treaty. This evolution was accompanied by a change in the emphasis of integration; from perceiving it as the rational result of economic union and legal harmonization, to conceiving it as a cultural process and culture as a political instrument to promote this construction and foster a European identity. Studying the treatment of culture from the European institutions implies making a historical-political journey of the main cultural manifestations in Europe with the aim of establishing the anthropological contours of European integration, as well as the reasons and dynamics of the politicization of culture. All this based on the subordination to the political imperatives of the moment, which went from the need to provide

legitimacy to the EU institutions and the system of transnational governance, to the adoption of a more instrumentalized and economicist interpretation of culture.

Key words: European cultural policy, European integration, European identity.

INTRODUCCIÓN

Desde el nacimiento de la Europa de los Seis, en 1957, la Unión Europea (UE) se ha ido configurando como un espacio de intercambio y debate democrático, de apertura y posibilidades creativas. Sin embargo, en el contexto de descenso de su popularidad y afectada por numerosas crisis internas e internacionales que plantean nuevos desafíos, dividen a los Estados miembros (EEMM) y dificultan la acción política y la toma de decisiones, busca responder a los desafíos contemporáneos con medidas estructurales, entre ellas, la cultura, emplazándola en diversos proyectos, programas y políticas que resalten su rol como vector de significados, identidad y diferencia, y como transmisor de valores y símbolos.

Las autoridades políticas en la UE son conscientes de que forjar una Europa unida requiere no solo una unión económica y monetaria o una arquitectura legal y política compartida, sino también la creación de un sentido de conciencia europea más palpable y una identidad compartida entre los pueblos de Europa. Con este objetivo, se ha tratado de aprovechar la cultura como un vehículo para promover la solidaridad y la cohesión social entre los europeos. En este sentido, los instrumentos culturales pueden ser las herramientas adecuadas para comenzar este proceso porque son puntos en los que se unen naturalmente diferentes tradiciones europeas; el desafío podría ser, por lo tanto, definir una identidad cultural europea que no pretenda cancelar las fuertes nacionalidades pero que, al mismo tiempo, sea más que una declaración de intenciones y principios generales; inclusiva, no exclusiva; europea, no eurocéntrica; capaz de resistir sus tendencias aislacionistas. Una identidad cultural europea que sea, ante todo, resiliente.

El debate y análisis por parte de la experticia y la academia sobre la integración europea no ha cesado, con la necesidad constante de examinar y definir su evolutiva naturaleza. Es en esta cuestión donde el presente artículo pretende ahondar, en la dimensión y tratamiento concedido a la cultura en y desde la Unión Europea, estudiándola, principalmente, bajo la lógica de las dinámicas políticas y antropológicas del fenómeno, en el cual se conjugan diferentes aristas

sociopolíticas, tales como los procesos de creación de identidad, integración, formación nacional o construcción de legitimidad del poder. Teniendo por objetivo trazar y describir las acciones que ha seguido la Unión Europea en materia de consolidación competencial de la cultura desde finales de 1970, la vertebración del presente documento se realizará con el fin de responder al interrogante sobre la relevancia de la cultura en la construcción europea y en su vigente importancia para el acercamiento resolutivo de la compleja realidad sociopolítica. Asimismo, la decisión de centrarse en el estudio del elemento cultural en el seno europeo se debe a, por un lado, una intención de aproximarse desde un foco un tanto marginalizado de la academia a la arquitectura institucional y decisional de la Unión Europea, en vistas de obtener una mayor comprensión de su naturaleza y funcionamiento. Por otro lado, por un interés en las implicaciones sociológicas que el elemento cultural conlleva, pudiendo extrapolar las dinámicas subyacentes del caso europeo a múltiples escenarios políticos, tomando como referente al éxito de integración regional por antonomasia.

Teniendo en cuenta estas pretensiones, el trabajo se articula en torno al recorrido histórico-político de las manifestaciones culturales en Europa desde finales de la década de 1970, periodo en el que se inicia el énfasis en la utilización de la cultura para fines políticos, acompañándolo de la literatura existente, sobresaliendo Cris Shore y Monica Sassatelli en nuestras referencias por sus prolíficas investigaciones sobre la materia y la predominancia de sus citas en la academia especializada. Respecto a la estructura, se divide en dos grandes secciones con las que se pretende analizar cómo la UE hace uso de la cultura a nivel interno y a nivel externo. Por un lado, el papel de la cultura se revela como una cuestión clave en la consolidación interna o *ad intra* del proceso de construcción europea. La definición de un espacio de identidad y cultura común nos remite al problema del modo en que deberá resolverse su relación con otras identidades y culturas. Por otro lado, la definición de este espacio de identidad y cultura europea revela, asimismo, la importancia de una dimensión externa o *ad extra* para la consolidación de la UE y su inserción en la sociedad y las relaciones internacionales de nuestros días.

Previamente, se presenta un breve marco conceptual que esbozará a grandes rasgos distintas conceptualizaciones del término "cultura" con el fin de acercarnos a los múltiples rasgos y obtener una imagen holística de ella, destacando, principalmente, su relación inherente con los aspectos identitarios de los individuos o, en este caso, de una comunidad, trazándose desde un primer

momento el esquema tripartito de cultura-identidad-integración del que las élites europeas harán uso para la legitimación y perpetuación de los intereses políticos.

En segundo término, se presentan las acciones aisladas en el ámbito cultural interno previo a Maastricht (1992) y la existencia de un régimen jurídico específico sobre cultura, analizando los principales sucesos en cuanto a antecedentes de una acción cultural propiamente dicha, juntamente con el hilo argumental sobre el despertar del interés en el aspecto cultural del proyecto europeísta. Con la llegada de Maastricht y una vez asentado el artículo sobre la cultura (artículo 128), se produce una evolución de su rol, reafirmándose de forma oficial y vinculante su papel, tratamiento e implicación.

Por último, se busca también exponer la dimensionalidad y utilidad diplomática de la cultura en cuanto a las acciones y relaciones de la UE como agente internacional, entendiéndose la cultura como elemento vehicular, tanto en los objetivos geopolíticos como en los fines internos.

1. MARCO CONCEPTUAL

Al plantearnos como objeto de estudio "la cultura europea", a grandes rasgos y en singular, se nos presenta la dificultad que conlleva esta empresa. El término "cultura" es demasiado polisémico e impreciso, mientras que el calificativo "europea", como adjetivador, conlleva el riesgo de que se caiga en cierto eurocentrismo metodológico. Por ello y con el objetivo de superar dicha polivalencia, SHORE (2000: p. 22) nos ofrece una revisión general de diferentes definiciones.

En primer lugar, se encuentra la definición limitada pero hegemónica que restringe la cultura a cuestiones de arte, las industrias del entretenimiento o la adquisición del aprendizaje. Desde esta postura se concibe la cultura principalmente en términos de "alta cultura", la cual BERRIO SERRANO (1991: p. 41) establece que ha servido de vínculo cohesivo en Europa, resultando en la mistificación de nombres y obras, que, por analogía, se ha extendido como generalización de la idea europea. Frente a esta concepción encontramos la "cultura popular", más participativa e inclusiva. BERRIO SERRANO (1991: p. 43) la designa como un formato cultural más amplio, que ha abarcado las formas de vida en general, nutriéndose de los más variados estilos de vida y de conocimientos, vinculada al pueblo en abstracto y considerada como la más genuina de sus manifestaciones.

En segundo lugar, se concibe la cultura en términos de "civilización". SASSATELLI (2009: p. 28) afirma que, en su formulación más general, este punto de vista ha sido tomado desde la especificidad de Occidente para destacar su papel en el desarrollo de las instituciones características de la modernidad, así como su responsabilidad hacia el resto del mundo. SHORE expone que todavía existen ecos de esta concepción en la forma en que los políticos de la UE evocan la idea de la civilización europea en sus discursos. Así se muestra en el primer discurso de Jacques Delors como Presidente de la Comisión ante el Parlamento Europeo en 1985 (citado en SHORE, 2000: p. 46): "Tenemos que construir una industria cultural europea poderosa que nos permita tener el control tanto del medio como de su contenido, manteniendo nuestros estándares de civilización y alentando a las personas creativas entre nosotros".

Seguidamente y enlazando con esta última significación, nos encontraríamos con la idea de cultura como un "estilo de vida particular, basado en un 'espíritu común'" (WILLIAMS, 1976: p. 90 en SHORE, 2000: p. 23). Esta definición hace posible generalizar sobre grandes configuraciones de personas como pertenecientes a una sociedad particular, unidas por "redes de significados" compartidos o un orden simbólico subyacente en las estructuras profundas del lenguaje y los códigos cognitivos. Asimismo, SHORE subraya que, en lugar de asumir "significados compartidos", la antropología y las ciencias sociales consideran cada vez más la cultura como un lugar de lucha y contestación; un proceso continuo de significados negociados constantemente; un espacio en el que se encuentran los problemas del lenguaje y el poder, la ideología y la conciencia. La cultura, sostiene GOODY (1992: p. 11 en SHORE, 2000: p. 23), no es una entidad o dominio distinto separado de lo social, sino un concepto que necesariamente incluye el contenido y estructura de las relaciones sociales.

Por consiguiente, se produce la constatación de que, además, las cuestiones culturales son inseparables de las cuestiones de poder, originándose un entendimiento mutuo entre ambas dimensiones, aportando el foco político a la discusión sobre la cultura y, recíprocamente, adoptando una perspectiva cultural en el estudio de la política de la UE. Será esta bidireccionalidad la que nos permitirá establecer los contornos de una antropología crítica de la integración europea al hacer que las políticas culturales sean menos alejadas e invisibilizadas en los estudios sobre la UE. La preocupación central, empero, es comprender qué significa la cultura para quienes habitan este espacio institucional. Más importante aún, explorar la forma en que las élites europeas han utilizado este término en sus

intentos de extender el proceso de integración. Este énfasis en la cultura representa un cambio importante en los enfoques desde las élites hacia la integración europea desde la década de 1970; sin embargo, lo que es interesante aquí es la forma en que el funcionariado de la UE se ha apropiado de conceptos sociológicos centrales como "cultura", "identidad", "cohesión social" o "conciencia colectiva" como metáforas movilizadoras para construir una europeidad desde las aristas culturales.

Este nuevo y tardío interés en la cultura se cita por dos razones (SHORE, 2000: p. 25); primeramente, porque la cultura se había convertido en un área importante de la actividad comercial y, por lo tanto, se situaba cada vez más dentro del ámbito de competencia legal de la Comunidad, centrándose, de este modo, en el punto de palanca que ofrecía el potencial económico de la cultura para los administradores y políticos, encargados de los asuntos culturales, fortaleciendo su imagen y estatus público. En segundo lugar, se justificó esta introducción cultural en las prioridades políticas por su reconocimiento como dimensión clave de la integración europea, convirtiéndose en un medio cada vez más crucial para dar efecto a las políticas que buscan fomentar una unión de los pueblos europeos fundada en la conciencia de compartir una herencia común de ideas y valores (BARZANTI, 1992: p. 5 en SHORE, 2000: p. 25). Por tanto, consecuentemente, esta complejidad del tratamiento de la cultura como ámbito de las políticas públicas europeas, considerada a la vez como marcador de identidad, por un lado, en cuanto al patrimonio y tradiciones como símbolos de significado e identidad, y, por otro, respecto a la creación artística y creativa, como factor de crecimiento económico, será sobre lo que versará nuestro recorrido expositivo.

2. ANÁLISIS DE LA DIMENSIÓN INTERNA DE LA POLÍTICA CULTURAL DE LA UE

Como se ha mostrado, la cultura plantea cuestiones relevantes sobre identidad y expresión, inclusión y exclusión, voz y silencio. Constituye un bagaje colectivo y da forma a nuestra comprensión del presente (SINGH, 2010: p. 2). Pero, antes de aceptar la bondad del proyecto político europeo, explica CARDÚS ROS (1991: p. 16), es necesario hablar de la identidad cultural europea, desde otra perspectiva de análisis que consista en mostrar precisamente cuáles son los intereses que han llevado a hablar de ello y cómo se establecen este tipo de destinos ideológicos que son presentados como indiscutibles. En definitiva, se trataría de tomar conciencia de cuáles son los mecanismos por los que un conjunto de intereses, expresados en términos de proyecto político, pueden llegar a ser

compartidos por una gran mayoría, con el objetivo de conseguir que sean percibidos como propios de una voluntad popular, y que así adquieran, en el momento oportuno, una legitimidad democrática.

Cuando surgieron las primeras discusiones sobre el papel de la cultura en la integración europea, en los años setenta y ochenta, se relacionó con el creciente deseo de exacerbar la identidad de las Comunidades Europeas. Había quedado cada vez más claro que la integración europea no surgiría como una consecuencia lógica de las medidas económicas, legales y técnicas. VOS (2019: p. 225) señala que, en ese momento, había una preocupación compartida sobre la legitimidad del fenómeno integracionista, ya que debemos tener en cuenta el contexto de Europa a finales del siglo pasado, con la caída de la Unión Soviética y las nuevas dinámicas post-Guerra Fría, en las cuales Europa adquiría otro papel geopolítico y económico con respecto a Estados Unidos y Japón dentro de la globalización (KAELBLE, 1998 en SASSATELLI, 2009: p. 21). Esta vez, la preocupación institucional radicaba en la profundización y ampliación de las comunidades existentes; es decir, por un lado, la extensión de sus actividades a una serie de campos que anteriormente no se abordaban directamente (como la cultura) y, por otro, la ampliación hacia el este (SASSATELLI, 2009: 21). En estas circunstancias, en la era de la "Euroesclerosis"[1] (SHORE, 2001), la experticia a la que se le pidió que mapeara la situación de Europa acordó que la UE tenía que buscar nuevos medios para profundizar la integración europea.

Centrarse en la identidad europea significa enfocarse en lo que mantiene a Europa unida en un sentido cultural más amplio, de modo que, explícitamente o no, el debate se dirige hacia la dimensión cultural de Europa. Aunque a ritmo paulatino y tardío, la conciencia de la importancia de estos asuntos fue creciendo y se demostró un progresivo reconocimiento de la relevancia de un sentimiento de pertenencia cultural y un mayor compromiso con la política cultural a nivel institucional. Este énfasis en la cultura, como mecanismo integrador y posible solución al enigma de la unificación europea, marca un cambio fundamental en los discursos oficiales de la UE sobre la integración, alejándose de la vieja suposición de que la integración sociocultural procedería como un subproducto de la integración económica y la armonización técnica.

[1] Término acuñado por Herbert Giersch en 1985 para designar al periodo de impasse integracionista comprendido entre mediados de la década de 1960 y de 1980.

Previo al Tratado de Maastricht (1992), los EEMM adoptaron posiciones muy diferentes en cuanto a la necesidad de una competencia europea explícita en el campo cultural. También se argumentó que cualquier coordinación necesaria en el campo cultural podría abordarse a través de organizaciones culturales internacionales establecidas, como la UNESCO o el Consejo de Europa (CRAUFURD SMITH, 2015: p. 16).

No obstante, la conciencia de una dimensión europea de la cultura ya se discutió en el Congreso de La Haya, en mayo de 1948, en el cual se estableció un estrecho vínculo entre la realización de una unión política entre los Estados y la necesidad de movilizar a la ciudadanía europea en torno a valores culturales compartidos, constituyéndose como punto de partida para la formulación de políticas y acciones comunes en el campo cultural (BEKEMANS, 1990: p. 11). Asimismo, un repaso de la documentación producida por la Comunidad Europea (CE) con el objetivo de encontrar los inicios de una cierta atención a la cultura nos lleva a los resultados de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de Bonn del 18 de julio de 1961, reflejados en el *Plan Fouchet*, que proponía una Unión que, además de una política exterior y de defensa común, incluyera la cooperación científica, cultural y de derechos humanos (ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, 2013: p. 30). Es con la posterior llegada de la crisis económica que, en la Cumbre de París de 1972, se afirma que "la expansión económica no es un fin en sí misma" y que "hay que prestar una especial atención a los valores y bienes no materiales". En ese período, la cultura se entiende como un sistema de valores generales, casi filosóficos, y no como un mercado económico de primer orden (CARDÚS ROS, 1990: p. 18). El vuelco fundamental, sin embargo, se produce con la toma de conciencia de la gravedad de la crisis económica y con la ampliación de la Comunidad Económica Europea a nueve miembros.

Más tarde, en la Cumbre de Copenhague de 1973, aparece el primer discurso sobre la identidad europea y el papel fundamental de la cultura para su desarrollo, lo que marcó el inicio del uso público de la CE del concepto "identidad europea" como herramienta de legitimación. En el análisis de SASSATELLI (2009: p. 39), se describe que la sensación de que faltaba algo fundamental para construir una "comunidad de destino compartido" comenzó a extenderse y finalmente se identificó como un problema de identidad. La Declaración no solo enfatizaba la necesidad de elaborar una identidad europea unificada para fines de legitimación interna, sino que también proclamaba la necesidad de hacerlo para fortalecer a los EEMM como actores unificados internacionalmente. Desde ese

punto, los discursos e iniciativas tomaron un viraje; ya no se hablaba de integración sino de identidad, una que crear o, más bien, que despertar de un estado supuestamente latente. Argumenta STRÅTH (2013: p. 109) que la idea de una identidad europea se introdujo como instrumento para estabilizar la situación tras la ruptura del orden internacional y para apoyar los Planes Werner y Davignon. Propone que la concepción de identidad se basaba en el principio de la unidad de los Nueve, en su responsabilidad hacia el resto del mundo y en el carácter dinámico de la construcción europea. Había que mostrarse unidos internamente para poder proyectarlo externamente.

Sin embargo, el documento destacable del momento en acción cultural fue el *Informe sobre la Unión Europea,* publicado por Leo Tindemans, en ese momento Primer Ministro belga, presentado el 2 de abril de 1976 ante el Consejo Europeo. Además de las propuestas sobre las principales políticas monetarias y extranjeras, el Informe, titulado *La Europa de los ciudadanos*, estableció un vínculo entre una identidad europea que necesitaba promoción y avances en la integración política, y recomendó la toma de medidas específicas para crear una Europa popular (SASSATELLI, 2009: p. 49).

Cabe mencionar que un punto de inflexión para la acción cultural fue la *Declaración Solemne sobre la Unión Europea* en 1983, Stuttgart, donde fue finalmente respaldada en forma de cooperación en educación superior, patrimonio cultural y difusión de la cultura, como un medio para fomentar una identidad común. Esto le dio a la Comisión luz verde y se promovieron una serie de iniciativas, fuertemente apoyadas por la nueva Comisión Delors. Se establecieron también un Comisionado y una Dirección General de Cultura (DGX, anteriormente responsable de la información únicamente), "con el fin de afirmar la conciencia de un patrimonio cultural común como un elemento de la identidad europea" (DE WITTE, 1987: p. 136 en SHORE, 2000: p. 45).

En 1985, se lanzó el informe *La Europa de los pueblos* (*A People's Europe*), tras el documento de un comité *ad hoc* conocido, por su presidente, como el *Informe Adonnino* (1985). El informe enfatizó que es "a través de la acción en las áreas de cultura y comunicación, que son esenciales para la identidad europea y la imagen de la Comunidad en la mente de la gente, que el apoyo para el avance de Europa puede y debe buscarse" (ADONNINO, 1985: p. 21). Sin embargo, el Comité fue más allá y argumentó que para transformar la CE en una "Europa de los pueblos" también se requería un nuevo conjunto de símbolos para comunicar los principios y valores en los que se basaba la Comunidad. Con este fin, el Comité recomendó

varias medidas simbólicas, como la creación de un nuevo emblema, una bandera de la CE, un himno europeo o los premios Jean Monnet en el ámbito universitario, entre otros. SHORE (2000: p. 49) indica que el objetivo político detrás de estas iniciativas era ambicioso: reconfigurar el ordenamiento político simbólico del tiempo, el espacio, la información, la educación y los medios de comunicación para reflejar la "dimensión europea" y la presencia institucional de la CE.

A partir de la entrada en vigor del *Acta Única Europea* (1986), animada por el impulso del mercado interior, se produce un cierto fortalecimiento de la acción cultural (BECERRIL ATIENZA, 2016: p. 1017). La nueva Comunicación de la Comisión de 1987, llamada un *Nuevo impulso de la política cultural en la Comunidad Europea*, proponía profundizar en la actividad cultural con cuatro objetivos: (i) la creación de un espacio cultural europeo, (ii) la promoción de la industria audiovisual, (iii) el acceso a los bienes y la formación culturales, y (iv) el diálogo intercultural con el resto del mundo. No obstante, en este periodo, técnicamente, no existía la "política cultural de la CE", solo una serie de acciones culturales basadas en resoluciones del Parlamento Europeo y de los Ministros de Cultura. Para sortear el problema legal de la competencia, la eurocracia generalmente invocaba razones económicas para lograr fines culturales (FORREST, 1994: p. 12 en SHORE, 2000: p. 45). Delors constató esta postura en su discurso, en 1985, ante el Parlamento Europeo: "La industria cultural será mañana una de las mayores industrias, creadora de riqueza y empleos. Según los términos del Tratado, no tenemos los recursos para implementar una política cultural, pero vamos a tratar de abordarla en términos económicos […]".

Así, la Comisión estaba aplicando una política cultural de facto mucho antes de que el Tratado de Maastricht le otorgara el derecho legal de hacerlo. Así pues, gran parte de la acción cultural emprendida por las instituciones en esta etapa pre-Maastricht se basa en instrumentos no vinculantes, que a pesar de sus limitaciones se consideraron base suficiente para emprender pequeños proyectos piloto. Por ello, "a principios de los años noventa era necesario un cambio que regulase y dotase de legitimidad y transparencia a una actividad cultural considerable desarrollada durante años" (BECERRIL ATIENZA, 2016: p. 1015).

Aunque la dimensión cultural ya se había introducido en el discurso supranacional a principios de la década de 1970, fue solo con el Tratado de Maastricht con el que se amplió sustancialmente la esfera de gobierno de la UE, proporcionándole una serie de nuevos poderes legales y técnicos para intervenir en dominios hasta ahora fuera de su influencia directa. Entre sus innovaciones,

Maastricht creó la categoría de Ciudadanía Europea y, lo que es más importante, trajo varias áreas nuevas dentro de la jurisdicción de la Comunidad, incluida la educación, la juventud, la cultura, la protección del consumidor y la salud pública. También introdujo un nuevo Artículo de Cultura en los Tratados (artículo 128, convertido en el artículo 151 del Tratado de Ámsterdam y consolidado como el artículo 151 del TUE), prestando así una base legal específica para la intervención comunitaria en el campo cultural. Queda claro que con esta disposición no se pretendía en modo alguno sustituir las políticas culturales nacionales y regionales por una política europea común, en sentido estricto, ni mucho menos sustituir las culturas europeas por una "eurocultura".

El Título IX del TUE, artículo 128, establece los objetivos de la Comunidad hacia el campo cultural, declarando que: "La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los EEMM, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común".

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, modifica el artículo 128 TCE al añadir un nuevo inciso por el que "la Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas." Con la inclusión de este precepto se concede a la cultura una característica de transversalidad respecto de las demás acciones comunitarias, por lo que la cultura pasa a ser una competencia horizontal. Es decir, debido a que en cualquier política o acción comunitaria no cultural puede incidirse en aspectos que tengan un valor cultural, la política cultural pasa de ser una política sectorial a ser concebida como una dimensión de toda política (ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, 2013: p. 36).

Paralelamente, la inclusión de este artículo sobre cultura reflejó una creciente conciencia de que la UE necesitaba emplear el poder de la cultura para ampliar y profundizar una comunidad legítima de los pueblos de Europa. "La formación de la identidad" y la "construcción de la cultura" se han convertido en objetivos políticos explícitos en la campaña para promover lo que los funcionarios y políticos de la UE llaman *l'idée européene* (SHORE, 2000: p. 26 en DEWEY, 2015: p. 114). SCOTT (2019: p. 14) observa este cambio del enfoque original del discurso de integración y explica que, primeramente, se basaba en la unidad —o "un patrimonio europeo común"— después, pasó a acentuar la diversidad sobre la unidad, y, por último, desde un énfasis en la diversidad, puso el foco en una

síntesis de la "unidad en la diversidad". Este leitmotiv político comenzó a adoptar un enfoque de la cultura más pluralista y menos gerencial y dirigista y se volvió extremadamente influyente en los intentos de definir la identidad europea de una manera que evitase las trampas tanto del universalismo moral como del particularismo cultural (DELANTY, 2003 en SHORE, 2006: p. 10).

En definitiva, la acción cultural de las instituciones europeas debía buscar el equilibrio entre ambos anhelos, fomentando una cultura común, pero sin olvidar la heterogeneidad de una Comunidad multicultural, más bien, complementándola. Es más, ÁLVAREZ FERNÁNDEZ (2013: p. 38) añade que, "puesto que el precepto se refiere a las culturas de los EEMM, en lugar de a las diversas culturas europeas, parece que quiera incidirse en que aquellos sigan siendo soberanos de su cultura y política cultural. Del mismo modo, las cautelas estatales en esta materia implican que se evite la referencia expresa a la existencia de una identidad europea, o a una cultura propiamente europea, y se aluda simplemente a un 'patrimonio común' que englobe las diversas realidades culturales europeas".

3. PROYECTOS E INICIATIVAS CULTURALES A PARTIR DE 1992

Una vez se introdujo en 1992 un fundamento jurídico para la cultura, la Unión comenzó a organizar sus actividades culturales en torno a tres programas, *Calidoscopio*, *Ariadna* y *Rafael*, "los cuales se focalizaron en aspectos tangibles de la cultura" (SUÁREZ CASTIÑEIRA, 2017: p. 207). *Calidoscopio* (1996-1999) operó en los ámbitos de las artes escénicas, visuales y aplicadas mediante la cooperación a nivel europeo entre los EEMM. Este proyecto incluyó acciones como el apoyo a eventos y proyectos culturales llevados a cabo en asociación o a través de redes transnacionales. *Ariadna* (1997-1999) tenía como objetivo aumentar el conocimiento y la difusión de las obras literarias y la historia europea, así como mejorar el acceso de la ciudadanía a estas. Por último, *Rafael* (1997-1999) se centró en la protección del patrimonio cultural europeo, que comprendía eventos e iniciativas de difusión de una dimensión europea a favor de la preservación y una mayor conciencia del patrimonio cultural europeo.

El enfoque financiero de estos proyectos continuó con el programa *Cultura 2000* (2000-2006), que apoyó proyectos de cooperación en todos los sectores artísticos y culturales (artes escénicas, artes visuales y plásticas, literatura, patrimonio, historia cultural, etc.) entre instituciones culturales de los EEMM y

candidatos a la adhesión. Después del programa *Cultura 2000*, renombrado y reajustado, se lanzó el *Programa Cultura* (2007-2013), el cual representó un enfoque más coordinado de la cooperación cultural (SUÁREZ CASTIÑEIRA, 2017: p. 207). Su objetivo era estimular y apoyar la cooperación cultural a nivel europeo con el fin de fomentar el surgimiento de la ciudadanía europea. Asimismo, el programa promovió principalmente la movilidad transnacional de actores culturales, la circulación transfronteriza de obras y productos artísticos y culturales y el diálogo e intercambios interculturales. Aunque el *Programa Cultura* finalizó en 2013, muchas actividades continuaron bajo el programa *Europa Creativa* (2014-2020). Visto por algunos como un nuevo intento de formulación de políticas, *Europa Creativa* posee una naturaleza económica, posicionándose en el marco de los objetivos de la *Estrategia Europa 2020*, destinado a promover el "crecimiento inteligente, sostenible e integrador", y contribuir a un "alto empleo, alta productividad y cohesión social" (CRAUFURD SMITH, 2015: p. 19).

En esta línea, la Comisión, en 2007, elaboró *La agenda europea para la cultura en un mundo en vías de globalización* (*Agenda Cultural*) en la cual se establecían tres objetivos específicos que deberían guiar la política cultural de la UE: (i) promoción de la diversidad cultural y el diálogo intercultural; (ii) fomento de la cultura como catalizador de la creatividad; y (iii) desarrollo de la cultura como elemento vital en las relaciones internacionales de la Unión (COMISIÓN EUROPEA, 2007). Estos objetivos pueden ser entendidos en relación con tres dimensiones fundamentales de la cultura como cuestión europea: la cultura como medio de expresión de las identidades; la cultura como recurso para alcanzar objetivos socioeconómicos; y, por último, la cultura como elemento de influencia europea a escala mundial (CALLIGARO y VLASSIS, 2017: p. 6).

Al incorporar la creatividad en la ecuación, la *Agenda Cultural* proporcionó un vínculo discursivo entre cultura, innovación y preocupaciones económicas más amplias de la UE como el crecimiento, la competitividad y la cohesión social. Al hacerlo, sentó las bases para el desarrollo de un discurso en torno a la contribución de los sectores culturales y creativos, o industrias, al cambiante entorno económico de Europa y a la implementación de la estrategia UE 2020. Además, la *Agenda Cultural* previó nuevos métodos de trabajo, como la búsqueda de un Diálogo Estructurado (SD)[2] con actores culturales y el lanzamiento de un método abierto

[2] El diálogo estructurado implica consultas regulares con los jóvenes y las organizaciones juveniles a todos los niveles en los países de la UE.

de coordinación (MAC)[3] (PSYCHOGIOPOULOU, 2015: p. 37) y constituyó la forma en que la Comisión mapeó y reunió a las organizaciones culturales y la sociedad civil más atomizadas con el fin de formar redes paneuropeas de trabajo (CRAUFURD SMITH, 2015: p. 13).

Si consideramos las diversas iniciativas culturales adoptadas por la UE a lo largo del tiempo, es posible detectar un cambio con respecto a los primeros programas, que combinaban abiertamente la cultura (fomento de la comprensión intercultural, una identidad común y valores europeos) con preocupaciones industriales (profesionalización, innovación y construcción y desarrollo del sector), hasta el programa *Europa Creativa* más reciente en el que las preocupaciones sobre el desarrollo económico y tecnológico son las dominantes. La promoción de la diversidad cultural y el diálogo intercultural sigue siendo una idea importante, pero ahora la "cultura" es vista desde el marco de la *Estrategia de Lisboa* como un catalizador de la creatividad que debería conducir al crecimiento y al empleo. Incluso el lenguaje ha cambiado; el antiguo sector cultural ahora se llama "sector cultural y creativo" (MONACO, 2017: p. 209). Se hace hincapié en la competitividad, en el crecimiento, en los y las artistas como productores y productoras de obras que deben distribuirse lo más ampliamente posible, en el comercio internacional y en llegar a un público más amplio en Europa y fuera de ella.

A raíz de la *Agenda Cultural*, la intervención de la UE en el campo de la cultura, como se ha mencionado, oscila entre la aplicación de principios generales de libre comercio y la promoción de una política cultural en su propio nombre, justificada por la necesidad de sensibilizar a la ciudadanía europea sobre la existencia de una identidad común (LITTOZ-MONNET, 2015: p. 28). Con el lanzamiento del "marco de creatividad", sin embargo, la naturaleza económica del discurso de la UE sobre cultura tomó una nueva dimensión, centrándose en el potencial de la cultura para promover la competitividad europea. Asimismo, la comprensión de los usos económicos y políticos de la cultura sigue siendo inherente a la política cultural actual de la UE, siendo relevante entender que la promoción de la acción y política cultural europea podría facilitar las sinergias entre las cuestiones urgentes de sostenibilidad y economía, por un lado, y la

[3] El método abierto de coordinación es un método intergubernamental con el que los países de la UE evalúan a otros («control de grupo») y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión.

dimensión social y cultural en la vida de las personas, por el otro (ČEGINSKAS, 2018: p. 45).

Es por esta última cuestión que, desde las diferentes organizaciones culturales europeas, encabezadas por la red *Culture Action Europe,* así como por parte del Comité Cultural del Parlamento Europeo, se ha hecho un llamamiento en distintas ocasiones sobre la existencia y prevalencia de ese déficit cultural que exponían ALDECOA LUZÁRRAGA y UNCETABARRENECHEA LARRABE (1997: p. 171), aunque esta vez tratándose desde el ámbito financiero e institucional. Y es que, por una parte, y en contraposición a la apuesta de Juncker por la promoción de la diversidad cultural desde el inicio de su candidatura, esta situación pudo constatarse en el discurso de la (por entonces) *spitzenkandidat*[4] Ursula von der Leyen, en 2019, frente a Estrasburgo, en el cual se omitió completamente cualquier mención a la esfera cultural, en ninguna de sus vertientes, llegando al punto de incluso prescindirse del término "cultura" en el nombramiento de las carteras de su Comisión. Sin embargo, la nueva Presidenta electa, meses más tarde, en noviembre de 2019, y ante el mismo hemiciclo, se pronunció a favor de la (re) introducción cultural y su visibilización en la agenda política europea:

> La cultura y la educación son las que unen nuestra historia con nuestro futuro. Eso es lo que nos hace únicos. Nuestra alma, nuestra cultura, nuestra diversidad, nuestra herencia. Y sé que con Mariya Gabriel, está en buenas manos. Por eso me complace anunciar que su cartera pasará a llamarse Comisaria de Innovación, Investigación, Cultura, Educación y Juventud.

Por otro lado, los distintos actores culturales de la sociedad civil demandan, paralelamente, no solo una declaración de intenciones sino la inclusión real del sector cultural en las preocupaciones políticas de la eurocracia, tomando como indicador el Marco Financiero Plurianual, renovado cada cuatro años, el cual, pese a haberse incrementado en el apartado dedicado al programa *Europa Creativa*, con actualmente un presupuesto de 1 642 millones de euros para el próximo periodo 2021-2027 respecto a los 1 480 millones del periodo 2014-2020 (CONSEJO EUROPEO, 2020), no es suficiente para abordar las necesidades del sector, el cual reclama un mayor compromiso reflejado en la inversión económica (EUROPEAN NETWORK OF CULTURAL CENTRES, 2019).

[4] Vocablo alemán para designar a las cabezas de lista propuestas por cada grupo parlamentario a la presidencia de la Comisión Europea.

En síntesis, las dos aproximaciones distintas al papel de la cultura, que se encuentran en la mayoría de los documentos europeos son; por un lado, el discurso sobre la utilidad de la cultura para crear una identidad europea. Y en este sentido, se explicita la motivación política de esta preocupación, surgida tardíamente (de 1973 hacia adelante) y, sobre todo, desde que el proyecto europeo comienza a encontrar dificultades. La narrativa sobre el papel de la cultura, en este punto, se irá haciendo cada vez más significativa, hasta reivindicar una función socioeconómica a la vista de un mercado interior único y hacia la preparación de una unión política más estrecha. Desde esta perspectiva, podríamos afirmar que, la mayor inquietud por los fenómenos culturales que ha mostrado la CE/UE, más allá de sus repercusiones económicas, ha llegado con la necesidad de preparar el terreno para una legitimación de orden superior y, asimismo, para la consecución de un mercado único y de la consiguiente y progresiva unión política. Por otra parte, la atención a la cultura se circunscribe, de hecho, a una preocupación por el mercado económico que se crea en torno al consumo de masas y de sus exigencias hacia el desarrollo tecnológico.

Y será esta preocupación por el mercado económico de donde vendrá una segunda tensión en el campo de la intervención en la cultura, resultante de la oposición entre cultura y mercado y la posible "excepcionalidad" de los bienes culturales dentro del mercado. El debate sobre comercio y cultura conecta con el reconocimiento explícito o implícito de la doble naturaleza, comercial y cultural, de los bienes y servicios culturales, que implica una complejidad de intereses y actores.

Las visiones divergentes sobre si el sector cultural debe protegerse o liberalizarse han dado lugar a profundas divisiones entre los Estados miembros. Estas divisiones se centraron en el concepto de "excepción cultural" (*exception culturelle*) durante el debate europeo sobre el alcance y los objetivos de la directiva "Televisión sin fronteras" adoptada en 1989 y revisada posteriormente en varias ocasiones, y durante los debates multilaterales sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en 1993, así como el tratamiento de los bienes y servicios culturales en la agenda de las negociaciones comerciales (CALLIGARO y VLASSIS, 2017: p. 5).

El concepto de excepción cultural reconoce que los bienes y servicios culturales, vistos como vehículos de ideas, valores y representaciones colectivas, "no son bienes como los demás", según expuso el entonces presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, en 1993, y por tanto deben estar exentos de

ciertas regulaciones europeas e internacionales de libre mercado. Tal como indica GOLDBERG (en DABBOUS-SENSENIG, 2002: p. 38), los bienes culturales "tienen un bagaje amplio porque forman parte de nuestra cultura, tienen implicaciones morales, están relacionados con conceptos de servicio público y, por último, son los objetos de derechos importantes establecidos en los instrumentos nacionales e internacionales". Por ello, afirma RICHIERI HANANIA (2019: p.570) que, varios miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluida la Unión Europea, emplearon técnicas legales que permitían limitar sus compromisos en el sector de los servicios audiovisuales y en otros sectores culturales al convertirse en miembros de la OMC. En el caso de la UE, liderada por Francia, los esfuerzos se centraron en el sector audiovisual y en la resistencia a la liberalización internacional, manteniendo que la diversidad cultural exige el mantenimiento de subvenciones y cuotas de pantalla que garanticen un cierto equilibrio en los intercambios. Desde la perspectiva de la UE, "la promoción de la identidad europea solo se puede sostener sobre una radiotelevisión pública regulada y con una buena financiación en todos los EEMM para corregir el desequilibrio en la producción de los medios de comunicación comerciales (la mayor parte entre EEUU y Europa), y mantener y promover al mismo tiempo la lengua y la identidad cultural propia de cada Estado miembro" (DABBOUS-SENSENIG, 2002: p. 39).

El argumento más fuerte a favor de esta postura proteccionista se asienta en la diversidad cultural como contrapeso "ante la homogeneización de las visiones del mundo en una única visión, la de la dominación estadounidense, que borra las asperezas nacionales, el pluralismo de los puntos de vista, y favorece el mínimo común denominador entre los gustos de los jóvenes, la población a la cual apunta la política del ocio de los Estados Unidos, principalmente a través del cine y de las series televisivas" (FRAU-MEIGS, 2002: p. 8). Subraya BECERRIL ATIENZA (2015: p. 57) que, en el actual contexto global, "ha surgido en diversos foros un creciente temor a lo que algunos llegan a denominar imperialismo cultural y en todo caso, a la homogeneización que se puede producir al difundirse por todo el globo unos mismos productos culturales provenientes de unas regiones determinadas del mundo".

Más recientemente, explica DABBOUS-SESENIG (2002: p. 39), la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001 reafirmó la necesidad de respetar y fortalecer la diversidad cultural, especialmente ante el peligro planteado por el proceso de globalización y la rápida evolución de

las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, entendiendo la diversidad cultural "no solo como un derecho humano fundamental, sino porque —junto con el diálogo y la cooperación— están entre los mejores garantes de la paz y la seguridad internacionales", valores compartidos con los principios rectores de Unión Europea como actor internacional.

4. ANÁLISIS DE LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LA POLÍTICA CULTURAL DE LA UE

La naturaleza transnacional de los desafíos globales actuales exige un nuevo paradigma de coexistencia (BADILLO MATOS, 2016), en el cual la UE se asienta en una concepción "post-westfaliana" de la soberanía y del sistema internacional, en la que el poder, que depende en menor medida de la fuerza militar, se ha distribuido entre un mayor número de actores, y la soberanía se debilita por efecto de la globalización (SANAHUJA PERALES, 2006: p. 3). Así, la Unión Europea juega papeles cada vez más importantes defendiendo un modelo determinado de sociedad (ALDECOA LUZÁRRAGA, 2002: p. 216), reafirmando su capacidad de poder blando en sus esferas de actuación y en la transmisión de unos principios alternativos y viables al modelo tradicional. La UE se configura, así como un actor basado en la cooperación para resolver los problemas, a través de los esfuerzos multilaterales, de las instituciones supranacionales legalmente vinculantes y del Derecho Internacional. En la misma línea, Mogherini se ha referido a la UE como una "superpotencia cultural" y es que, sostiene HIGGOTT (2019: p. 25), en el contexto actual, Bruselas está particularmente interesada en ver cómo el desarrollo de las relaciones culturales internacionales podría ayudar a contener el creciente *Zeitgeist*[5] nacionalista populista, reflejándose una aceptación implícita de la importancia y la competencia de la UE en la proyección de su poder blando.

El desafío al que se enfrentan los responsables políticos europeos con respecto a la cultura reside en encontrar las formas óptimas de gestionar, dentro de los flujos de intercambio contemporáneos, la variedad de culturas y sistemas culturales europeos en constante movimiento que interactúan entre sí y con el resto del mundo con el que a menudo comparten un historia y herencia común (cultura árabe, turca, rusa, africana, americana, asiática), haciendo necesario reflexionar sobre el valor añadido de la UE como facilitador de sinergias entre los

[5] Ideas y tendencias ideológicas que son generalmente comunes en un periodo específico.

activos creativos europeos y el mundo. Sin embargo, dado que la cultura es una competencia complementaria de la UE, las instituciones fueron muy cautelosas a la hora de pedir una acción cultural exterior europea.

En 2007, en la *Agenda europea de la cultura en un mundo globalizado*, la Comisión enfatizó por primera vez la importancia de la cultura en las relaciones externas y comenzó a expresar su voluntad de desarrollar un enfoque estratégico para integrar la cultura en "todos los aspectos externos y políticas de desarrollo" e introdujo el MAC en el campo de la cultura. Desde entonces, se desarrollaron tres planes de trabajo para la cultura (2008-2010, 2011-2014, 2015-2018) y se incrementaron los esfuerzos hacia una estrategia para las relaciones culturales internacionales, llevando al lanzamiento, en 2014, de la *Acción Preparatoria de la UE sobre la cultura en las relaciones exteriores* (SCHRAGEN, 2017: p. 1).

Dos años después, en 2016, el SEAE emite una hoja de ruta para la iniciativa *Una estrategia sobre diplomacia cultural*, tomando en consideración las conclusiones del Consejo de 2008, la Resolución Parlamentaria de 2011, la Acción Preparatoria de 2014 y la Conclusión del Consejo de 2015 como bases para la acción política. Asimismo, determina los pasos adicionales hacia un plan de acción para la diplomacia cultural de la UE y establece la fecha para la creación de una "Plataforma para la Diplomacia Cultural" y para una Comunicación conjunta (de la Comisión y la Alta Representante) sobre dicha estrategia en mayo de 2016 (COMISIÓN EUROPEA, 2016).

Fue "desde los inicios de la acción cultural europea que las instituciones hicieron especial mención en abrir la acción cultural al diálogo y colaboración con terceros Estados y organizaciones internacionales. Esto se vio ya con la Comunicación de la Comisión de 1987 sobre un *Nuevo impulso de la política cultural en la Comunidad Europea*, la cual establecía entre sus objetivos prioritarios el diálogo intercultural con el resto del mundo" (BECERRIL ATIENZA, 2016: p. 1028). Desde entonces, gran parte de los programas culturales europeos han estado abiertos a Estados no miembros, en particular, a los países miembros del espacio económico europeo y a los Estados candidatos a la adhesión. Y es que, de acuerdo con el Artículo 167 TFUE (3): "La Unión y los Estados miembros fomentarán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, en particular el Consejo de Europa" reconociéndose así una competencia externa explícita a la Unión en el ámbito cultural.

Asimismo, esta consolidación de la introducción cultural en el ámbito de la acción exterior no ha cesado, produciéndose seis momentos clave en este

proceso hasta la fecha (HIGGOTT, 2019: p. 22): (i) La publicación en 2014 del Informe de la *Acción Preparatoria sobre la Cultura en las Relaciones Exteriores de la UE*, *Engaging the World: Towards Global Cultural Citizenship*; (ii) la presentación en junio de 2016 por la Alta Representante Federica Mogherini de la Comunicación conjunta, *Hacia una Estrategia para las relaciones culturales internacionales*; (iii) la inclusión de la diplomacia cultural como un instrumento de política en la Estrategia Global 2016; (iv) la adopción por el Consejo y el Parlamento en mayo de 2017 de las conclusiones de la Comunicación conjunta como *Estrategia de la UE para las relaciones culturales internacionales*; (v) el establecimiento, en 2016, de un *Friends of the Presidency Group* para dirigir el desarrollo de políticas en este ámbito; y (vi) la firma, en 2017, de un Memorando de Entendimiento entre el SEAE y el Instituto Nacional de Cultura de la Unión Europea (EUNIC) para promover los arreglos administrativos prácticos entre el SEAE y la comunidad de partes interesadas para implementar la estrategia.

La Comunicación conjunta *Hacia una estrategia de la UE para las relaciones culturales internacionales* fue adoptada en junio de 2016. Establece la necesidad de ir más allá de la comprensión de la diplomacia cultural como un instrumento de poder blando para dotarlo de un enfoque más inclusivo y recíproco alrededor de "un nuevo espíritu de diálogo, comprensión y aprendizaje mutuo, desarrollo conjunto de capacidades y solidaridad global" (COMISIÓN EUROPEA, 2016). Este enfoque innovador promete tener una amplia repercusión en otras áreas de la política exterior de la UE como la cooperación internacional y desarrollo y la Política Europea de Vecindad (PEV). Para ello, la UE ha optado por utilizar su propio término, relaciones culturales internacionales (ISAR, 2013 en RUVALCABA GALINDO, 2019: p. 27), ya que le permite a la Unión un margen de acción más amplio, así como la previene de caer en las "trampas" de ambigüedad y confusión que conlleva el término de diplomacia cultural, permitiéndole a la UE abarcar las distintas dimensiones culturales dentro del campo de las relaciones internacionales, así como sus herramientas, actores, enfoques y objetivos en su política exterior (RUVALCABA GALINDO, 2019: p. 28).

En esta Comunicación conjunta sobre el establecimiento de una *Estrategia para las relaciones culturales internacionales de la UE*, se destaca que las relaciones culturales de la UE con los países socios tienen como objetivo avanzar los objetivos de la Unión "promover la paz y la estabilidad internacionales, salvaguardar la diversidad y estimular el empleo y el crecimiento" (COMISIÓN

EUROPEA, 2016). Estas relaciones culturales abarcan una gama transversal de áreas, que involucran no solo las artes o la literatura, sino también el diálogo intercultural, el turismo, la educación y la investigación, la protección del patrimonio y la artesanía (COMISIÓN EUROPEA, 2016).

Más recientemente, y como parte de este proceso de sensibilización, en abril de 2019, el Consejo de Asuntos Exteriores aprobó las conclusiones sobre un *Enfoque Estratégico de la UE para las relaciones culturales internacionales*, integrándolas en el rango de sus instrumentos de política exterior (CONSEJO, 2019). Al reconocer la necesidad de un "enfoque descentralizado" de la cultura y de una designación de los roles y las expectativas de los *stakeholders* relevantes, el enfoque estratégico establece un marco de acción e invita a los EEMM y a las instituciones de la UE a aumentar la coordinación y promover la cooperación con terceros países.

La cultura en las relaciones internacionales se considera un vector clave para abordar los principales desafíos mundiales y como un depósito de anticuerpos inmateriales que permiten a la UE estar a la altura de sus valores interna y externamente (HIGGOTT, 2019: p. 3). Por tanto, la relevancia de la cultura como instrumento de la estrategia política internacional se basa en tres consideraciones interrelacionadas. En primer lugar, al igual que con su papel crucial en el proceso de creación de significado, la cultura abarca ámbitos y objetivos tanto domésticos como internacionales. En segundo lugar, si se compara con la diplomacia pública, las relaciones culturales internacionales ofrecen una plataforma para la programación y proyección política a largo plazo y permite relaciones más allá del ámbito de la llamada alta política. Por último, la cultura ofrece una forma de reconstruir su repertorio de poder blando.

El reciente enfoque en la cultura en las relaciones internacionales indica una conciencia general de que la cultura es una plataforma clave para lograr los objetivos centrales tanto dentro como fuera de la UE y con miras a fomentar la resiliencia tanto del proceso de integración europea como de la imagen internacional de la UE, ofreciéndole a la UE la posibilidad de ir más allá de "hablar con una sola voz" y de comprometerse con su propia diversidad.

CONCLUSIONES

En la presente investigación, hemos constatado la existencia de un déficit cultural en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, aunque el motivo de esta situación no fue el desprecio o la minusvaloración de los aspectos culturales en el proceso de construcción europea, sino que, teniendo en cuenta el contexto histórico y por criterios de oportunidad política, se optó por profundizar, en primer lugar, el proceso de integración económica siguiendo criterios funcionalistas (ALDECOA LUZÁRRAGA y UNCETABARRENECHEA LARRABE, 1997: p. 187). Ante la sensibilidad que despertaba este tema, la cooperación europea en materia cultural quedó circunscrita a un organismo intergubernamental como el Consejo de Europa, o en su defecto, a la UNESCO.

Sin embargo, ante las dificultades con las que se iba encontrando el proceso de integración europeo, los representantes de los diferentes EEMM compartieron la visión de que la cultura podría desempeñar un papel en la legitimación política y la unificación societal del proyecto. Como argumenta GELLNER (1983 en SHORE, 2001), "el foco de las lealtades políticas en las sociedades modernas ya no es a un monarca, tierra o fe, sino a una cultura". No existía tampoco una "conciencia europea" popular que rivalizase con la del Estado-nación o que prestase apoyo a esos fundamentos económicos y legales.

Como se argumentó en el Informe Tindemans (1975): "Había una necesidad de una manifestación concreta de solidaridad europea en la vida cotidiana de la ciudadanía europea", una manifestación de Europa que iría más allá de la Europa que se mantenía unida por normas, instituciones y acuerdos. La cultura se presentó como una forma de hacerlo, de crear identidad, pero también identificación con el proyecto europeo. Sería con las Cumbres de París (1972) y Copenhague (1973), cuando se empezaría a hablar de cuestiones de identidad, patrimonio cultural común y proyección de valores compartidos. A pesar de la carencia del componente cultural en los Tratados, "la Comunidad fue desarrollando una creciente actividad en el ámbito cultural por dos vías complementarias: a través de las disposiciones del Tratado relacionadas con la construcción del mercado interior y a través de ciertos instrumentos de *soft law*" (BECERRIL ATIENZA, 2016: p. 1011).

La acción cultural comenzó, pero como un sector de intervención muy marginal y disfrazado que tuvo que aprobarse bajo el paraguas de las competencias de las políticas económicas y sociales. Al no aparecer la cultura como una de las áreas de intervención que delimitan los tratados, las decisiones comunitarias

surgían gracias al acuerdo voluntario de los Ministros de la materia, en las "Reuniones del Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas y de los Ministros en el seno del Consejo". La principal característica de las actividades comunitarias en lo cultural en esta primera fase radicaba en su importante valor simbólico. No obstante, a mediados de la década de los ochenta, la intervención de la Comunidad en el ámbito cultural, sin que desapareciesen acciones con una fuerte carga simbólica, fue adquiriendo mayor coherencia y coordinación. Para la Comisión, el primer paso significativo hacia la definición de una base cultural para la unificación europea se produjo en 1973 con la *Declaración de la Identidad Europea*, durante la Cumbre de Copenhague. Esta declaración anodina proclamaba que los nueve EEMM compartían la misma actitud ante la vida, basada en la determinación de construir una sociedad que estuviese a la altura de las necesidades del individuo, la defensa de los principios de la democracia representativa, el estado de derecho, la justicia social y los derechos humanos (SHORE, 2000: p. 45).

Pero la acción con la que se cristalizó y consolidó el aspecto cultural en el régimen europeo fue en el Tratado de Maastricht, concretamente con el artículo 128, en el que se señala, por un lado, que su objetivo es "el florecimiento de las culturas de los Estados miembros" pero al instante matiza esta afirmación señalando que dicha potenciación de la cultura estará condicionada por el "respeto de su diversidad nacional y regional", además de señalar que tiene que ponerse de relieve "el patrimonio cultural común". El Tratado de Maastricht sirvió para lanzar el mensaje de que la intervención comunitaria en este ámbito no tendría un carácter uniformizador y fomentaría la pluralidad y diversidad cultural europea, principalmente porque como área de política en la UE, la cultura es oficialmente una competencia compartida con los EEMM y requiere de su unanimidad. En definitiva, lo que subyace en el Tratado es la idea clave de unidad en la diversidad.

A partir de 1992, se empezaron a lanzar programas plurianuales (*Calidoscopio, Rafael y Ariadna*) los cuales supusieron la mejor muestra del avance en la integración en la medida que otorgan mayor seguridad y continuidad, tanto presupuestaria como jurídica, a las acciones de la UE en lo cultural.

Sin embargo, con los años y en línea con la adopción de la Estrategia de Lisboa en 1999, la cultura se convirtió cada vez más en un activo, en términos de su potencial para promover el crecimiento y la competitividad europeos y para facilitar otros objetivos de la UE, como la cohesión, la cooperación regional y la estabilidad (VOS, 2019: p. 226). Desde entonces, se puede distinguir una doble

razón detrás de las inversiones europeas en cultura que, por un lado, se refiere a las formas en que la cultura contribuye a la identificación europea y, por otro lado, al potencial económico y social del sector cultural europeo.

Con este nuevo elemento económico añadido a la política cultural en el escenario de la globalización, "ha surgido un creciente temor a lo que algunos llegan a denominar imperialismo cultural y en todo caso, a la homogeneización que se puede producir al difundirse por todo el globo unos mismos productos culturales provenientes de unas regiones determinadas del mundo" (BECERRIL ATIENZA, 2015: p. 57), y para ello la UE ha intentado salvaguardar esta cultura e identidad europea de la influencia trasatlántica mediante el blindaje proteccionista de la industria audiovisual europea. Sin embargo, tal vez la postura de la UE ya no se circunscribe únicamente a la protección de los propios bienes culturales sino "que parece ser que la UE empieza a adoptar, sería afirmar que lo que debe combatirse y regular es la omnipresencia de la monocultura, de cualquier monocultura, tanto dentro del estado nación como en todo el mundo", tal y como destaca DABBOS-SESENIG (2002: p. 47), reafirmando su propio lema de unidad en la diversidad.

Tras este nuevo enfoque, el centro de gravedad de este vocabulario comenzó a moverse cada vez más hacia el valor más funcional de la cultura. Sin embargo, el valor de la cultura para estimular la identificación europea mediante la participación cultural nunca desapareció. Todavía juega un papel considerable en muchas de las iniciativas culturales que se desarrollan, como el programa *Europa Creativa,* el cual se basa en la premisa de que la cultura y las actividades culturales tienen una naturaleza dual, reconociendo, por un lado, el valor intrínseco y artístico de la cultura y, por otro, el valor económico de los sectores cultural y creativo, incluida su contribución social más amplia a la creatividad, la innovación y la inclusión social (PSYCHOGIOPOULOU, 2019: p. 71).

En el caso de la UE, el proceso de integración aumentó la porosidad de las culturas nacionales, disminuyó las barreras físicas entre los Estados y desdibujó progresivamente la materialidad fronteriza entre sus EEMM (COCA GAMITO y BALTOS, 2020: p. 72). Asimismo, la necesidad de promover la europeidad terminó por convertirse en la base del surgimiento en la UE de una diplomacia cultural con la extracomunitariedad, creando un marco estratégico en torno a las relaciones culturales internacionales de la Unión Europea, en 2016, para ampliar la cooperación cultural con terceros países y exportar los valores *alla Europea.*

REFERENCIAS

ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; UNCETABARRENECHEA LARRABE, J. "La cultura en el TUE: Hacia la superación del déficit cultural de los tratados", en LASTENOUSE-BURY, J., *L'Union européenne à l'aube d'un nouveau siècle. La Unión Europea en los albores de un nuevo siglo . The European union at the dawn of a new century: 40 ans de la signature des Traités de Rome. 40 años de la firma de los Tratados de Roma. 40 years of the signing of the Treaties of Rome,* 1997. Disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/116602/La%20cultura%20en%20el%20TUE_Aldecoa_1997.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 3 de agosto de 2020].

ALDECOA LUZÁRRAGA, F. "Avances de la política exterior de la Unión Europea", *Revista de derecho de la Unión Europea,* vol. 2, pp. 199-224, 2002.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, T. "El espacio cultural europeo. Especial referencia a la regulación europea de la cultura y su relación con el mercado interior", *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, n.º 3, pp. 7-97, 2013. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/17854/espacio_alvarez_CDC_2013.pdf?sequence=3&isAllowed=y [Consulta: 29 de junio de 2020].

BADILLO MATOS, A. "Poder blando, influencia exterior y diplomacia cultural", *The Diplomat in Spain*, 6 de diciembre 2016. Disponible en: https://thediplomatinspain.com/2016/12/poder-blando-influencia-exterior-y-diplomacia-cultural/ [Consulta: 20 de agosto de 2020].

BECERRIL ATIENZA, B. "La política cultural de la Unión Europea", *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea,* vol. *7*, pp. 1003-1056, 2016. Disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/9570/1/Politica_BelenBecerril_2016..pdf [Consulta: 2 de julio de 2020].

BEKEMANS, L.: *European Integration and Cultural Policies. Analysis of a Dialectic Polarity*, working paper, European University Institute, Fiesole, 1990. Disponible en: http://hdl.handle.net/1814/23531 [Consulta: 2 de julio de 2020].

BERRIO SERRANO, J. "Nivells de cultura i cultures europees", en BERRIO SERRANO, J.; BONET, L; CARDÚS ROS, S; GIFREU PINSACH, J; MARÍ MAYANS, I. Y SAPERAS LAPIEDRA, E. *La política cultural europea. Una proposta des de Catalunya,* 1991. Disponible en:

https://www.fbofill.cat/publicacions/la-politica-cultural-europea-una-proposta-des-de-catalunya [Consulta: 10 de julio de 2020].

CALLIGARO, O. y VLASSIS, A. "The European Policy of Culture. Between economic paradigm and the rhetoric of exception", *Politique européenne,* vol. 2856), pp. 8-28, 2017.

CARDÚS ROS, S. "Identitat cultural, legitimitat política i interés econòmic", en BERRIO SERRANO, J.; BONET, L; CARDÚS ROS, S; GIFREU PINSACH, J; MARÍ MAYANS, I. Y SAPERAS LAPIEDRA, E, *La política cultural europea. Una proposta des de Catalunya,* 1991. Disponible en: https://www.fbofill.cat/publicacions/la-politica-cultural-europea-una-proposta-des-de-catalunya [Consulta: 10 de julio de 2020].

ČEGINSKAS, V. "The Added European Value of Cultural Heritage. The European Heritage Label", *Santander Art and Culture Law Review*, vol. 2 (4), pp. 29-50, 2018. Disponible en: DOI 10.4467/2450050XSNR.18.017.10371 [Consulta: 25 de julio de 2020].

COCA GAMITO, C. y G. BALTOS. "Las dinámicas fronterizas en el siglo XX-XXI: un espejo de la evolución del orden mundial", *Relaciones Internacionales*, n.º 44, pp. 63-86, 2020. Disponible en: DOI 10.15366/relacionesinternacionales2020.44 [Consulta: 21 de agosto de 2020].

COMISIÓN EUROPEA. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a European Agenda for Culture in a Globalizing World (COM 2007/242 final),* Bruselas*,* 2007.

COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación conjunta del Servicio Europeo de Acción Exterior a la Comisión Europea. Hoja de Ruta sobre una Estrategia para la Diplomacia Cultural (*2015/EEAS+/034*),* Bruselas, 2016.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Council conclusions on an EU strategic approach to international cultural relations and a framework for action*, Bruselas, 2019.

CONSEJO EUROPEO. *Reunión extraordinaria del Consejo Europeo. Conclusiones*, Bruselas, 2020.

CRAUFURD SMITH, R. "The Cultural Logic of Economic Integration" en PSYCHOGIOPOULOU, E., *Cultural Governance and the European Union Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe,* 2015. Disponible en: DOI 10.1057/9781137453754 [Consulta: 29 de junio de 2020].

DABBOUS-SENSENIG, D. “De la defensa de la "excepción cultural" a la promoción de la "diversidad cultural". La política cultural europea y el mundo árabe”, *Quaderns del CAC*, nº. 14, pp. 37-49, 2002. . Disponible en: https://www.cac.cat/sites/default/files/2019-05/Q14_dabbous_ES.pdf [Consulta: 30 de enero de 20201].

DEWEY, P. “Power in European Union Cultural Policy” en SINGH, J. P., *International Cultural Policies and Power,* 2015. Disponible en: DOI 10.1057/9780230278011_10 [Consulta: 29 de junio de 2020].

EUROPEAN NETWORK OF CULTURAL CENTRES. *What's happening for Culture in the EU Budget?,* 2019. Disponible en: https://encc.eu/news/stand-culture-eu-budget [Consulta: 20 de agosto de 2020].

FRAU-MEIGS, D. “’Excepción cultural’, políticas nacionales y mundialización. Factores de democratización y de promoción de lo contemporáneo”, *Quaderns del CAC*, nº. 14, 2002. Disponible en: https://www.cac.cat/sites/default/files/2019-05/Q14_fraumeigs_ES.pdf [Consulta: 5 de enero de 2021].

HIGGOTT, R. “EU Cultural Diplomacy: A Contextual Analysis of Constraints and Opportunities”, en CARTA, C. y HIGGOTT, R. *Cultural Diplomacy in Europe Between the Domestic and the International,* 2019. Disponible en: DOI 10.1007%2F978-3-030-21544-6 [Consulta: 12 de agosto de 2020].

LITTOZ-MONNET, A. “Encapsulating EU Cultural Policy into the EU’s Growth and Competiveness Agenda: Explaining the Success of a Paradigmatic Shift in Brussels” en PSYCHOGIOPOULOU, E., *Cultural Governance and the European Union Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe,* 2015. Disponible en: DOI 10.1057/9781137453754 [Consulta: 29 de junio de 2020].

MONACO, P. “Exploring the Links between Culture and Development: New Challenges for Cultural Indicators in the European Union”, en HAUSLER, K.; FIORENTINI, F. y JAKUBOWSKI, A., *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy,* 2019 Disponible en: DOI 10.1163/9789004365346_003 [Consulta: 18 de mayo de 2020].

PSYCHOGIOPOULOU, E. “Cultural Heritage and the EU: Legal Competences, Instrumental Policies, and the Search for a European Dimension”, en HAUSLER, K.; FIORENTINI, F. y JAKUBOWSKI, A.„ *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and*

Policy, 2019. Disponible en: DOI 10.1163/9789004365346_005 [Consulta: 18 de mayo de 2020].

PSYCHOGIOPOULOU, E. "The Cultural Open Method of Coordination", en PSYCHOGIOPOULOU, E., *Cultural Governance and the European Union*, 2015. Disponible en: DOI 10.1057/9781137453754_4 [Consulta: 18 de junio de 2020].

RICHIERI HANANIA, L. "Trade, culture and the European Union cultural exception", *International Journal of Cultural Policy*, vol. 25(5), pp. 568–581. Disponible en: DOI 10.1080/10286632.2019.1626844

[Consulta: 10 de enero de 2021].

SANAHUJA PERALES, J. A. *Hacia el logro de un verdadero multilateralismo en las relaciones entre la Unión Europea y América Latina,* Bruselas*,* Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, 2006.

SASSATELLI, M. *Becoming Europeans. Cultural Identity and Cultural Policies,* Palgrave MacMillan UK, 2009.

SCHRAGEN, S. *A Joint EU Strategy for International Cultural Relations. The Development Towards a European Cultural Diplomacy?,* Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Viena, Vienna School of International Studies, 2017. Disponible en: DOI 10.25365 / thesis.47737 [Consulta: 21 de agosto de 2020].

SCOTT, C. "Conceptions of a Shared, Common, or European Heritage in the Emerging Heritage Diplomacy of the European Union, 1973–92", en HAUSLER, K.; FIORENTINI, F. y JAKUBOWSKI, A. *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy,* 2019. Disponible en: DOI 10.1163/9789004365346_003 [Consulta: 20 de mayo de 2020].

SHORE, C. *Building Europe: The Cultural Politics of European Integration,* London, Routledge, 2000.

SHORE, C. *European Union and the Politics of Culture,* London, The Bruges Groupe, 2001.

SHORE, C. ""In uno plures" (?) EU Cultural Policy and the Governance of Europe", *Cultural Analysis*, vol. 5, pp. 7-26, 2006.

SINGH, J. P. *International Cultural Policies and Power,* 2010. Disponible en: https://pdfs.semanticscholar.org/2f46/0ef2046baf018edede736b09c62cc429508e.pdf [Consulta: 25 de junio de 2020].

STRÅTH, B. "Cleaning up after European identity: the consequences of a failed political strategy", en MCMAHON, R. *Post-identity? Culture and European integration,* 2013. Disponible en: DOI 10.4324/9780203080016 [Consulta: 25 de enero de 2021].

SUÁREZ CASTIÑEIRA, M. L. "The Role of Culture in the Construction of European Identity", en PÉREZ DE LAS HERAS, B. *Democratic legitimacy in the post-Lisbon European Union and its impact on global governance: Building a European Demos,* 2017. Disponible en: DOI 10.1007/978-3-319-41381-5_9 [Consulta: 16 de abril de 2020].

TINDEMANS, L. *Report on European Union*, Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, 1975.

VOS, C. "Constructing the European Cultural Space A Matter of Eurocentrism?", en BROLSMA, M., DE BRUIN, R. y LOK, M. *Eurocentrism in European History and Memory*, 2019 Disponible en: DOI 10.5117/9789463725521_ch12 [Consulta: 7 de abril de 2020].

LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LA UE EN EL SENO DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

Victoria Rodríguez Prieto
Universidad Nebrija
Profesora de Relaciones Internacionales, Madrid, España
mrodriguezpr@nebrija.es

Resumen: La Conferencia sobre el futuro de Europa se define como un "foro público para un debate abierto, inclusivo, transparente y estructurado con los ciudadanos" (Comisión Europea, 2020) en aras a abordar los principales retos, problemas y oportunidades que presenta el actual proyecto europeo. Con ello se pretende acercar más Europa a los ciudadanos y viceversa a través del impulso de un ambicioso diálogo que, en definitiva, permita avanzar y consensuar la "Unión en la que queremos vivir" (Parlamento Europeo, 2020). Uno de los aspectos fundamentales que abordará la Conferencia será el papel que debe desempeñar la UE en la escena internacional, en donde la complejidad de los retos y amenazas exigen una respuesta más ambiciosa. De manera que, con la Conferencia, se darán los primeros pasos hacia la configuración de una renovada Política Exterior europea que, en definitiva, permitará desempeñar a la Unión un mayor liderazgo en el ámbito internacional.

Palavras-clave: Conferencia sobre el futuro de Europa, enfoque ascendente, ciudadanía y dimensión exterior.

Abstract: The Conference on the Future of Europe is defined as "a new public forum for an open, inclusive, transparent and structured debate with citizens" (EUROPEAN COMMISSION, 2020) in order to address main challenges, problems and also opportunities regarding European project. The latter follows the aim of bringing Europe closer to its citizens and vice versa by promoting an ambitious dialogue that, finally, lead to advance and shape the "Union that we want to live in together" (European Parliament, 2020). One of main aspects to be addressed by the Conference will be the EU´s role in the international arena in which new challenges and threats require a more ambitious response. In such a way, the Conference will take first steps towards the configuration of a renewed European Foreign Policy that, ultimately, will allow to reach a greater leadership at international level.

Key-Words: Conference on the future of Europe, botton-up approach, citizens and European External dimension.

INTRODUCCIÓN

La Conferencia sobre el futuro de Europa se define como un "foro público para un debate abierto, inclusivo, transparente y estructurado con los ciudadanos" (Comisión Europea, 2020, p. 1) en aras a abordar los principales retos, problemas y oportunidades que presenta el actual proyecto europeo. De esta manera se busca promover una profunda reflexión con la propia ciudadanía que, en definitiva, permita avanzar y consensuar la "Unión en la que queremos vivir" (Parlamento Europeo, 2020, p.3).

En un primer momento la Conferencia sobre el futuro de Europa iba a celebrarse en el marco del 70º aniversario de la Declaración de Schuman en Dubrovnik, bajo presidencia croata. Sin embargo, su puesta en marcha se pospuso debido a la gravedad e impacto de la pandemia y, más tarde, a la falta de consenso entre las instituciones en torno la presidencia que lideraría la Conferencia.

Actualmente aún no se ha publicado el mandato institucional que, no obstante, se prevé proximamente. A pesar de ello, si que podemos avanzar que la dimensión exterior de la UE será uno de los temas centrales que se abordará en el seno de esta novedosa iniciativa, tal y como queda recogido en los textos publicados hasta la fecha por parte de las principales instituciones europeas (Comisión Europea, 2020; Parlamento Europeo, 2020; Council of the European Union, 2020).

Por nuestra parte pretendemos analizar la Conferencia sobre el futuro de Europa y su importancia en la profundización del proyecto europeo, con especial interés en su dimensión externa. Para ello nos preguntaremos: ¿Qué es la Conferencia sobre el futuro de Europa?, ¿cuáles son sus rasgos principales? Y, finalmente, ¿Por qué y para qué se abordará la dimensión exterior?.

A la luz de las respuestas obtenidas trataremos de constatar que la Conferencia sobre el futuro de Europa en torno a la dimensión externa de la UE abordará cuestiones de gran relevancia que, en definitva, evidenciará la necesidad de fortalecer la Política Exterior europea con el fin último de que la UE pueda desempeñar una actuación más ambiciosa en la compleja escena internacional.

Para poder abordar dicha cuestión nuestro trabajo se articulará, en primer lugar, en el estudio de la Conferencia sobre el futuro de Europa. Posteriormente llevaremos a cabo un exhaustivo análisis de la actual Política Exterior europea para lo cual tendremos en cuenta los últimos cambios

acontecidos en la materia así como las dinámicas de la escena internacional. De este modo podremos conocer "dónde estamos" para posteriormente analizar "hacia dónde vamos" a través de un estudio sobre la Conferencia y las cuestiones relativas a la dimensión exterior euroea.

1. La Conferencia sobre el futuro de Europa

En julio de 2019 Úrsula Von der Leyen ya propuso en su discurso de investidura ante la Eurocámara la necesidad de que "los ciudadanos europeos desempeñen un papel principal y activo en la construcción del futuro de nuestra Unión, que tengan voz en una Conferencia sobre el Futuro de Europa, que comenzará en 2020 y se prolongará por dos años" (VON DER LEYEN, 2019, p. 10) siendo la propuesta acogida favorablemente por parte del Parlamento. Posteriormente la ya entonces presidenta de la Comisión encargó la inciativa a la vice-presidenta croata D. Suica pues ostenta la cartera de democracia y demografía.

Desde entonces las principales instituciones europeas han elaborado propuestas que tratan de avanzar hacia la naturaleza, configuración y alcance de la Conferencia. No obstante, será en la declaración interinstitucional firmada por el Parlamento, la Comisión y el Consejo en donde quede definido el mandato de la misma. Dicha declaración se esperaba que fuese publicada antes del 9 de mayo de 2020 al ser el 70º aniversario de la Declaración de Schuman la fecha inicial programada para su celebración en la ciudad de Dubrovnik, bajo presidencia croata. Sin embargo, la pandemia producida por la COVID- 19 y sus consecuencias en el conjunto de la UE y, más tarde, la falta de acuerdo entre las propias instituciones en torno a la presidencia de la Conferencia han pospuesto la declaración institucional que, no obstante, se prevé próximamente.

A priori el debate partirá desde un enfoque ascendente y se articulará conforme a las principales orientaciones que guían el actual ciclo político europeo, las cuales se enmarcan en las cuatro prioridades de la Agenda Estratégica del Consejo Europeo (junio, 2019) que en concreto son: 1. Proteger a los ciudadanos y las libertades; 2. Desarrollar una base económica sólida y dinámica; 3. Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; 4. Promover los intereses y valores europeos en la escena mundial. Y que, a su vez, las prioridades políticas de la Comisión Europea recogen y profundizan en: 1. Un Pacto Verde Europeo, 2. Una economía que funcione en pro de las

personas, 3. Una Europa adaptada a la era digital, 4. La protección de nuestro estilo de vida europeo, 5. Una Europa más fuerte en el mundo y 6. Un nuevo impulso a la democracia europea).

Pero, más allá de las cuestiones señaladas, se prevé que se aborden aquellos temas institucionales en donde el papel del ciudadano se vea reforzado. Principalmente en la elección del presidente de la Comisión y también en el establecimiento de las denominadas listas transnacionales (COMISIÓN EUROPEA, 2020, p. 3). De forma complementaria, la gravedad e impacto de la crisis producida por el coronavirus ampliará la temática en torno a cuestiones tales como, por ejemplo, una mayor cooperación y coordinación en el ámbito sanitario a nivel europeo.

En definitiva, la Conferencia sobre el futuro de Europa promoverá una ambiciosa participación de la ciudadanía en la construcción del futuro de la UE conforme a un novedoso diálogo. Se trata de un gran impulso a la democracia europea (BOUCHER, 2020) que si bien, en un principio surge como expresión del principio de democracia participativa al situar al ciudadano en el centro del debate. Es precisamente la interactuación y contacto entre los europeos y las instituciones lo que, a su vez, favorecerá una mayor confianza y legitimidad reforzando así el principio de democracia representativa.

2. La importancia de la dimensión exterior en el seno de la Conferencia

Con el fin de profundizar en la dimensión exterior en el marco de Conferencia sobre el futuro de Europa resulta imprescindible, en primer lugar, entender la actual política exterior europea. De esta manera podremos conocer "dónde estamos" y así posteriormente analizar hacia "dónde vamos". Para ello estudiaremos los últimos cambios llevados a cabo en la materia que – a nuestro juicio – han configurado una realidad distinta por parte de la UE, con un impacto indiscutible en su actuación en el exterior (RODRÍGUEZ PRIETO, 2020).

En concreto la nueva realidad europea empieza a configurarse a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (diciembre, 2009) y la posterior puesta en marcha y desarrollo de importantes innovaciones. Fundamentalmente destacan la renovada figura del Alto Representante, el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) y las Delegaciones de la UE.

En cuanto al nuevo Alto Representante, este pasa a liderar la PESC y PCSD, elaborar las propuestas así como ejecutarlas (artículo 18.2 del TUE). De igual modo preside el Consejo en su formación de Asuntos Exteriores y, a su vez, se convierte en uno de los vicepresidentes de la Comisión Europea (art. 18. 3 y 4 TUE). De esta manera el Alto Representante se asienta en las dos almas del proyecto europeo (intergubernamental y comunitaria) estableciéndose así una "mente única" que, sin ninguna duda, dota de mayor coherencia, eficacia y visibilidad a la UE en el exterior (ALDECOA, 2011, pp. 19-41.) .

En segundo lugar cabría señalar la creación del SEAE el cual se define como el brazo ejecutor del Alto Representante al asistirle en el desarrollo de sus funciones (art. 27.3 del TUE). Su configuración y establecimiento se llevó a cabo en el marco de la "Decisión del 26 de julio de 2010 por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior" del Consejo. Allí se concretó los aspectos más relevantes de la nueva diplomacia común, tales como su naturaleza y ámbito de aplicación (artículo 1) o también sus cometidos (artículo 2) (CONSEJO, 2010). Desde entonces se ha ido creando una nueva estructura institucional autónoma encargada de la formulación y ejecución de la política exterior, con sede en la emblemática Plaza de Schuman (Bruselas). En la actualidad presenta una compleja estructura interna articulada en torno a distintas direcciones generales de conformidad con criterios geográficos (África, Asia y Pacífico etc..). Y también temáticos en torno a derechos humanos y cuestiones globales y multilaterales o aspectos relativos al ámbito de la seguridad y defensa. Todo ello sin olvidar a los representantes especiales de la UE, enviados especiales u otros organismos.

En tercer término, se encuentran las delegaciones que, bajo la autoridad del Alto Representante, constituyen una verdadera red de "embajadas" que extienden y consolidan la presencia europea en la escena internacional. En la actualidad, la UE cuenta con más de 140 delegaciones, lo que representa un número elevado en comparación con las propias embajadas de algunos de los Estados miembros (KEUKELEIRE, 2013). Estas delegaciones asumen la representación exterior de la UE (artículo 221 del TFUE) gracias a su nueva personalidad jurídica.

Todas estas innovaciones presentan en la actualidad un notable desarrollo tras más de diez años desde la entrada en vigor del tratado permitiendo así avanzar hacia una mayor eficacia, coherencia y efectividad por parte de la UE en la escena internacional.

Finalmente debemos señalar los avances relativos al ámbito de la seguridad y defensa explícitos en el Tratado de Lisboa. En particular destaca el artículo 42 TUE a través del cual se profundiza hacia la deseada autonomía estratégica. No obstante, y a diferencia de los aspectos señalados anteriormente, el impulso del art. 42 TUE se ha llevado a cabo con posterioridad. En concreto, ha sido en el marco de la Estrategia global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE (junio, 2016) pues esta ha permitido la puesta en marcha de importantes hitos en la materia, tales como creación de la Cooperación Estructurada Permanente (comúnmente conocida baja sus siglas en inglés PESCO) que cuenta con la participación 25 de los 27 los Estados miembros (las excepciones responden a los casos de Dinamarca y Malta); el programa CARD que consiste en la evaluación anual coordinada en el ámbito de la defensa; el Fondo Europeo de Defensa centrado en la investigación y desarrollo de capacidades. E incluso el impulso de nuevas medidas como la reciente *EU's Strategic Compass* que culminará en el año 2022 bajo presidencia francesa.

Sin embargo, la Estrategia para la Política Exterior y de Seguridad de la UE ha tenido un impacto que va más allá del ámbito de la seguridad y la defensa. En concreto resulta de interés el refuerzo de la dimensión normativa en el impulso de la acción exterior europea. Que, en definitiva, visualiza la condición de la UE como potencia normativa (MANNERS, 2002). Esta última se caracteriza por la promoción de una ambiciosa exportación de normas que son reflejo de la naturaleza e identidad únicas de la UE. Pues son las mismas normas que regulan la dimensión interna del proyecto europeo (especialmente el art. 2 TUE), aquellas que definen y articulan su dimensión externa (arts. 3.5 y 21 TUE) tales como la paz, la democracia, el Estado de derecho o el respeto y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales. Es precisamente la indivisibilidad de los valores e intereses explícita en la Estrategia lo que refuerza la importancia de la misma.

De igual modo, destaca el principio del pragmatismo que, aunque a priori, podría parecer que refuerza una visión más propia de la *Realpolitk*, sin embargo, el pragmatismo que promueve la UE se asienta en una clara aspiración idealista (TOCCI, 2016) al tomar como referente los valores señalados anteriormente. De manera que el nuevo pragmatismo va a permitir un análisis más próximo respecto a las realidades de terceros Estados conforme a dichos valores facilitando una respuesta más adecuada por parte de la UE, tal y como ya

acontece con ciertos países del marco de la Ampliación o de la Política Europea de Vecindad.

Y, en último término, la Estrategia introduce el concepto de resiliencia que incluye las dimensiones estatal y social y conforme a un enfoque multidimensional al abarcar desde desastres medioambientales, asistencia humanitaria, energía, cultura e incluso el respeto y defensa de los derechos humanos. Así, se busca gestionar la incertidumbre centrándose en las principales fragilidades que presenten terceros Estados desde una perspectiva novedosa centrada en aspectos que van más allá de los tradicionales.

En balance, podemos señalar que el conjunto de los cambios señalados en el marco del Tratado de Lisboa y la posterior la Estrategia para la Política Exterior y de Seguridad de la UE han incidido en la configuración de una nueva realidad europea que, aunque presenta resultados parciales (según ámbitos y países), refuerza y consolida su actuación en la escena internacional.

Sin embargo, la escena internacional exige una actuación más ambiciosa por parte de la Unión. Pues el fenómeno de la globalización, caracterizado por una alta interdependencia, transnacionalización e interconexión a escala global (DEL ARENAL, 2008), presenta lo que el autor Ulrich Beck define como riesgos globales de naturaleza post-industrial. Estos últimos trascienden del ámbito estatal hacia la novedosa esfera cosmopolita y que, por lo tanto, su gestión exige de instrumentos distintos a los tradicionales. Ello da paso a lo que califica como "sociedad del riego global" caracterizada por un sentimiento de incertidumbre y vulnerabilidad entre la ciudadanía quien constata hasta qué punto la acción de un número reducido de Estados o individuos incide en el conjunto del planeta sin que sus respectivos gobiernos puedan ofrecer una gestión adecuada de los mismos (BECK, 1998 y 2002). En este contexto la UE trata de promover una acción singular, conforme a sus intereses y valores, y asentada en el multilateralismo (BORRELL, 2020) el cual resulta más afín a los riesgos globales señalados anteriormente. Dicha acción se ha podido observar en la respuesta europea ante la COVID-19 ya que, a diferencia de los enfoques aislacionistas de algunos de los principales actores internacionales, la UE ha liderado una actuación distinta conforme al principio de solidaridad. Principalmente a través del denominado *Team Europe* el cual ha dotado de apoyo financiero y asesoramiento técnico-sanitario a un número significativo de países al tiempo que ha tratado de promover una mayor cooperación a nivel global

(COMISIÓN EUROPEA Y ALTO REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, 2020).

A pesar de todo ello, la UE aún presenta limitaciones que han de ser solventadas en aras alcanzar el protagonismo deseado a escala internacional. Es precisamente la Conferencia sobre el futuro de Europa un primer y determinante paso hacia ese objetivo.

3. La Conferenia sobre el futuro de Europa como primer paso hacia el refuerzo de la Política Exterior europea

La Conferencia sobre el futuro de Europa va a establecer un profundo debate que, si bien aún desconocemos su alcance, si que visualizará la necesidad de reforzar, entre otros aspectos, la dimensión externa de la UE. Pues, tal y como hemos mencionado, resulta imprescindible el desempeño de una actuación más ambiciosa por parte de la UE en la escena internacional. Para ello sostenemos que, en el seno de la Conferencia, se deberán abordar cuestiones institucionales y también temáticas entre las que cabría destacar las siguientes:

Uno de los aspectos fundamentales será la superación de la unanimidad en el seno del Consejo en cuestiones de Política Exterior en la medida en la que bloquea la capacidad de respuesta de la UE y, por lo tanto, impide acompañar los cambios que acontecen en la escena internacional. Además, la incapacidad de ofrecer una postura común genera dudas en cuanto a la credibilidad y capacidad de la Unión, con un impacto verdaderamente negativo. Este último aspecto se puede constatar incluso en países de nuestro propio vecindario como, por ejemplo, Bielorrusia. En este caso la UE ha tardado más de dos meses en aprobar sanciones desde las fraudulentas elecciones y la posterior represión e intimidación ejercidas por Lukashenko, tal y como ha lamentado el propio Borrell (Borrell, 2020). El bloqueo se debió principalmente al rechazo de un Estado miembro – Chipre- y todo ello pese a la posición mayoritaria de los veintiséis.

Ciertamente resultará muy complicado avanzar hacia una mayoría cualificada en el conjunto de la Política Exterior de ahí que consideremos que, al menos, se deberá promover en ciertos casos y, posteriormente, avanzar de forma progresiva. A este respecto la Comunicación titulada "Un actor de mayor peso en la escena mundial: un proceso decisorio más eficiente en la política exterior y de seguridad común" ya exploraba ciertas posibilidades hacia esta dirección. En

concreto defendía la votación por mayoría cualificada en las posiciones de la UE en materia de derechos humanos en los foros multilaterales; la adopción y modificación de los regímenes de sanciones de la UE y también en las misiones civiles de la política común de seguridad y defensa (COMISIÓN EUROPEA, 2018). A nuestro entender son precisamente estas cuestiones las que deberán priorizarse siendo un primer y ambicioso paso hacia el fin de la unanimidad.

Otra de los temas que deberá abordarse en el seno de la Conferencia responderá al fortalecimiento de las innovaciones en Política Exterior europea que nacen con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que ya han sido explicadas anteriormente. En este sentido consideramos que, entre otros aspectos, se tendrá que dotar al Alto Representante de mayores competencias inclusive de instrumentos que le permitan una mayor coordinación de las carteras de la Comisión vinculadas a la dimensión exterior en aras a incrementar la coherencia y eficacia de la acción exterior europea. De igual modo se tendrá que fortalecer el organigrama del SEAE para dar una respuesta más afín a los retos presentes en la actual escena internacional. Especialmente en el impulso de un renovado y más ambicioso multilateralismo que deberá liderar la propia UE. Y, en cuanto a las delegaciones, se constata la necesidad de dotarlas de competencias tales como aquellas vinculadas con la protección consular lo cual resultaría muy beneficioso principalmente para la propia ciudadanía europea.

En tercer lugar se tendrá que exigir una mayor profundización hacia la deseada autonomía estratégica de la UE. Tal y como hemos señalado en el anterior epígrafe, la Estrategia global para la Política Exterior y de Seguridad (2016) ha permitido la puesta en marcha de medidas de gran relevancia en la materia; pero aún se encuentran en una fase inicial. De ahí que se necesite una profundización de las mimas así como el establecimiento de nuevas iniciativas que, en defintiva, ahonden hacia la consecución de dicha autonomía.

Además se deberá de examinar la diferenciación entre la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y el resto de las dimensiones vinculadas a la política exterior europea, tal y como queda recogido en el actual Tratado.

Finalmente resultaría adecuado incrementar la financiación destinada a la Política Exterior europea y así contar con un mayor presupuesto que permita la realización de las políticas de forma más exitosa.

De manera que, a nuestro entender, todas estas medidas permitirían a la UE desempeñar una actuación más ambiciosa y afín a los retos de la escena

internacional. Una actuación que sea reflejo de nuestros intereses y valores y que permita promover un ambicioso liderazgo por parte de la UE en el exterior.

CONCLUSIÓN

La Conferencia sobre el futuro de Europa promueve un ambicioso debate en aras a consensuar la "Unión en la que queremos vivir" (Parlamento Europeo, 2020, p.3) a través de un novedoso enfoque ascendente que sitúa en el centro a los propios ciudadanos. Un debate que en el actual contexto de la pandemia por la COVID-19 resulta aún más apremiante ante la necesidad de reforzar y profundizar el proyecto europeo (Parlamento Europeo, 2020; Council of the European Unioin, 2020) en sus dimensiones interna y externa.

En cuanto la dimensión externa europea, ciertamente se ha ido configurando una nueva realidad que en estos últimos años ha permitido reforzar la actuación de la UE en la escena internacional. En este sentido destacan los cambios introducidos en el marco del Tratado de Lisboa principalemente las nuevas competencias del Alto Representante, el establecimiento del SEAE y las Delegaciones de la UE. Y más tarde el impulso de la Estrategia global para la Política Exterior y de Seguridad con un notable impacto en el ámbito de la seguridad y defensa a través de la puesta en marcha de importantes inciativas (tales como el PESCO) que avanzan hacia hacia la deseada autonomía estratégica.

Pero, a pesar de esta nueva realidad y los avances que ello conlleva, se constata que no son suficientes para que la UE pueda dar una respueta más ambiciosa a los complejos retos y amenazas presentes en la escena internacional que le exigen un mayor liderazgo. En este sentido sostenemos que en la Conferencia sobre el futuro de Europa se darán los primeros pasos hacia la diseño de una renovada Política Exterior europea a través de ambiciosos cambios que permitan a la UE desempeñar un papel más relevante en el exterior.

Entre las propuestas consideramos indispensalbles la superación de la unanimidad hacia la mayoría cualificada en el seno del Consejo en, al menos, en la posición de la UE en materia de derechos humanos en los foros multilaterales; la adopción y modificación de los regímenes de sanciones de la UE y también en las misiones civiles de la política común de seguridad y defensa. De igual modo será necesario reforzar las competencias del Alto Representante, una nueva configuración del SEAE con mayor atención al impulso de un renovado y

necesario multilateralismo así como nuevas competencias por parte de las Delegaciones de la UE. Todo ello sin olvidar la necesidad de promover y profundizar en la deseada autonomía estratégica que como ya hemos señalado los avances se encuentra en una fase aún incipiente de ahí que sea necesario un mayor desarrollo de los mismos pero también la puesta en marcha de iniciativas más ambiciosas. Y finalmente el incremento de un mayor presupuesto que permita alcanzar el éxito deseado.

Por consiguiente la Conferencia sobre el futuro de Europa visualizará la necesidad de reforzar la dimensión exterior. Pues, en definitiva, resultará imprescindible para alcanzar un futuro exitoso por parte de la UE.

REFERENCIAS

ALDECOA LUZÁRRAGA, F. *La Unión Europea y la pandemia mundial. Un actor imprescindible en la nueva y necesaria gobernanza global*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

_____. "Los avances en la gobernanza mundial, especialmente a través de la diplomacia común europea (2010- 2014). En ALDECOA LUZÁRRAGA, F. Y FERNÁNDEZ LIESA, C. (dirs.), *Gobernanza y reforma institucional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons , 2014. pp. 129-148.

BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI. 2002.

_____. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 1998.

BORRELL FONTELLÉS, J. "La docrina Sinatra". *Política Exterior*. vol. 34. núm. 137. pp. 46-56.

BOUCHER, S., "Can Europe Be a Catalyst for Democratic Innovation?". *Carnegie Europe,* 17 January 2020. Disponible en <https://carnegieeurope.eu/2020/01/17/can-europe-be-catalyst-for-democratic-innovation-pub-80821>

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Perfilando la Conferencia sobre el Futuro de Europa"*. Bruselas, 22.1.2020. (COM(2020) 27 final).

_____**.** *Comunicación de la Comisión al Consejo Europea, al Parlamento y al Consejo "Un actor de mayor peso en la escena mundial: un proceso decisorio más eficiente en la política exterior y de seguridad común"*. Bruselas, 12.9.2018. (COM(2018) 647 final).

COMISIÓN EUROPEA Y ALTO REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORE Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo y Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comunicación sobre la respuesta de la UE a escala mundial a la COVID-19*. Bruselas, 8.4.2020. (JOIN (2020)11 final).

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Conference on the future of Europe*. Brussels, 24 June 2020.

_____. *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estratégia global para la Política Exterior y de seguridad de la Unión Europea*, Bruselas, 2016.

_____. *Decisión del Consejo del 26 de julio de 2010 por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior. DOUE*, 3.8. 2010. L 201, p.30.

KEUKELEIRE, S. "European Foreign Policy beyond Lisbon. The Quest for Relevance". En GOVAERE, I. Y HANF, D. (eds.), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law Vol. II: Les dimensions internes et externes du droit européen á l'épreuve*, Brussels: Peter Lang, 2013 (831- 840).

MANNERS, I. "Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?, *Journal of Common Market Studies*. Vol. 40. Núm.2, 2002 (235-258).

PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre la posición del Parlamento Europeo sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa.* Bruselas, 15 de enero de 2020. (P9_TA(2020)0010).

_____. *Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la posición del Parlamento Europeo sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa*. Bruselas, 18 de junio de 2020. (P9_TA(2020)0153).

RODRÍGUEZ PRIETO, V. "Refuerzo y consolidación de la UE en la escena internacional". *Pliegos de Yuste*. Núm. 20, 2020 (45-56).

TOCCI, N., "From the European Security Strategy to the EU Global Strategy: explaining the journey". *International Politics*, vol. 54, 2017 (487-502).

VON DER LEYEN, U., *Discurso de apertura en la sesión plenaria del Parlamento Europeo*. Estrasburgo, 16 de julio de 2019.

GT 02

Migraciones y control de fronteras en un mundo globalizado: desafíos en América Latina y en la Unión Europea

COORDINACIÓN:
Paloma Gómez González del Miño (UCM), Monica Teresa Costa (UFMA), Roberta Baggio (UFRGS) y José Díaz Lafuente (UCM)

DESCRIPCIÓN: La temática sobre migraciones y control de fronteras es relevante en los contextos europeo y latinoamericano, ya que la migración se acentúa de manera sin precedentes en los siglos XX y XXI. Nuestro objetivo es discutir la relevancia de las políticas internas e internacionales (desde la perspectiva de los bloques de integración) sobre migración y desplazamiento humano, así como el papel de las agencias de apoyo a los refugiados. Las iniciativas locales para el control fronterizo también deben tenerse en cuenta, además de presentar propuestas y preguntas sobre los límites de la acción del Estado en el contexto de la integración regional. Para añadir complejidad, en la realidad actual, la frontera entre las diferentes categorías de migraciones es porosa dando lugar a nuevos tipos de migraciones, como por ejemplo, las migraciones mixtas definidas como los flujos migratorios en que concurren migrantes económicos (voluntarios) y eventuales candidatos al asilo (forzosos). Así, los temas principales son: migraciones y desplazamientos humanos; políticas de inmigración nacionales e internacionales; el control fronterizo; migrantes y refugiados en contextos latinoamericanos y europeos.

DESAFIOS EPISTEMOLÓGICOS DA PESQUISA:
Pacaraima, terra sem lei?

Alberto Correia de Oliveira Filho
Universidade Federal Fluminense
doutorando no PPGSD, Rio de Janeiro, Brasil
albertooliveira@id.uff.br

Joaquim Leonel de Rezende Alvim
Universidade Federal Fluminense professor no PPGSD
Rio de Janeiro, Brasil
joaquimleonelalvim@id.uff.br

Resumo: O presente artigo visa problematizar os desafios epistemológicos da pesquisa doutoral em pesquisar a suposta relação entre o fenômeno migratório e a segurança pública da cidade de Pacaraima, fronteira do Brasil com a Venezuela, que teria se tornado "terra sem lei", buscando contrapor a ótica o processo de formação jurídico-acadêmica tradicional no Brasil, majoritariamente voltado ao ensino dogmático, e os desafios resultantes do negligenciamento da iniciação científica na formação jurídica, em especial no que se refere à realização de pesquisas empíricas. Outro elemento importante do debate é a necessidade da identificação ek afastamento dos vieses, estigmas e preconceitos pessoais, fatores cada vez mais evidenciados em especial quando observamos a polarização da política ideológica e seus reflexos na segurança pública. Para isso serão apresentadas reflexões estimuladas na disciplina de epistemologia do Curso de Doutorado em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD-UFF, em especial a necessidade da interdisciplinaridade para melhor abordagem metodológica do tema que será qualitativa, pois se trata de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, apresentando técnicas metodológicas voltadas a estudos empíricos no direito e, de certa forma, etnográfica, onde buscamos apresentar experiências profissionais, reflexões visando principalmente conhecer os desafios e desarmar as armadilhas dos falsos paradigmas que em vários momentos balizam a forma de entender e pesquisar empiricamente o direito.

Palavras-chave: Desafio epistemológico; Direito; Pesquisa empírica.

Abstract: This article aims to problematize the epistemological challenges of doctoral research in researching the supposed relationship between the migratory phenomenon and public security in the city of Pacaraima, brazil's border with Venezuela, which would have become a "land without law", seeking to counter the perspective of the traditional legal-academic training process in Brazil, mainly focused on dogmatic teaching, and the challenges resulting from the neglect of

scientific initiation in legal education , especially with regard to empirical research. Another important element of the debate is the need to identify ek distancing from biases, stigmas and personal prejudices, factors increasingly evidenced in particular when we observe the polarization of ideological politics and its effects on public security. For this, reflections will be presented stimulated in the discipline of epistemology of the PhD Course in Sociology and Law of the Fluminense Federal University - PPGSD-UFF, especially the need for interdisciplinarity for a better methodological approach to the theme that will be qualitative, because it is an essentially bibliographic research, presenting methodological techniques aimed at empirical studies in law and, in a way, ethnographic, where we seek to present professional experiences , reflections aimed mainly at knowing the challenges and disarming the pitfalls of false paradigms that at various times mark the way of understanding and empirically researching the law.

Keywords: Epistemological challenge; Law; Empirical research.

INTRODUÇÃO

Por meio do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF, está sendo desenvolvida pesquisa que tem por objeto a análise dos impactos do fenômeno migratório na cidade fronteiriça de Pacaraima (Brasil) com a Venezuela, com o suposto aumento dos índices de criminalidade que teria tornado o local "terra sem lei". Desde logo, o maior desafio tem sido no âmbito epistemológico no qual são feitas reflexões trazidas no corpo do presente trabalho, com as quais se busca dialogar com autores, sendo o objetivo central demonstrar alguns desses desafios e estratégias fundamentais à produção científica.

1. O PROBLEMA COMO QUESTÃO CENTRAL DA PESQUISA

No mundo da prática da advocacia se aprende desde cedo que não se deve fazer perguntas em juízo das quais já não se saiba a resposta, pois caso contrário a informação obtida com essa indagação pode representar grave prejuízo ao cliente. Exatamente o oposto disso ocorre no mundo acadêmico científico, onde se pode e deve fazer as perguntas das quais não se saiba a resposta, no sentido específico como objeto de pesquisa. Assim, é o questionar o desconhecido que deve impulsionar a evolução da ciência do direito, assim como qualquer outra ciência.

Outro desafio que o operador do direito enfrenta na prática, ao enveredar pelo estudo acadêmico, é a ideia de que a pesquisa deve ser encarada como a maneira de pensar o problema de forma científica e com aprofundamento, servido ao progresso da ciência, e não necessariamente para manualizar uma questão, voltando-a à atuação prática ou mesmo para apontar uma solução definitiva endereçada a quem quer que seja, embora a pesquisa possa auxiliar na construção de uma proposta de ação em um segundo momento, mais como consequência lógica e menos como objetivo preponderante.

Diante disso resta claro que a qualidade da pesquisa está relacionada a qualidade da pergunta feita pelo pesquisador e, por sua vez, essa pergunta é fruto do mundo visto por ele, que é fixado pelo meio ambiente e pela tradição científica na qual foi treinado. Esse fato reforça a importância da iniciação científica nas universidades, palco da presente reflexão.

O que o cientista vê depende tanto do objeto da pesquisa quanto da experiência visual prévia do pesquisador. Quanto a isso Beaud e Weber (2003) destacam que a pergunta: "deve servir de eco de sua experiência, remeter, de alguma forma, à sua história pessoal ou familiar, ao seu roteiro de vida" (28). Além disso, o cientista deve aprender a ver de uma nova forma situações que já está familiarizado, buscando o estranhamento, o momento em que ocorrerá a iluminação repentina para algo que antes lhe era obscuro. As perguntas movem o mundo da ciência.

Com relação a isso, Descartes (1983) propõe em sua primeira meditação que se deve, antes de qualquer coisa, desconstruir o que tem preconcebido, as ideias plantadas, as falsas opiniões, pois os sentidos são enganosos, em especial no que se refere às coisas pouco sensíveis, o que se revela um bom exercício epistemológico e evita enviesamentos na pesquisa. Assim o autor faz o alerta: "Tudo o que recebi, até presentemente, como o mais verdadeiro e seguro, aprendi-o dos sentidos ou pelos sentidos: ora, experimentei algumas vezes que esses sentidos eram enganosos, e é de prudência nunca se fiar inteiramente em quem já nos enganou uma vez" (p. 02).

Hume (2012), predominantemente experimentalista, complementa essa ideia afirmando que não se faz pesquisa para demonstrar nada. A pesquisa é a respeito de uma pergunta, pois o pesquisador quer conhecer algo que não conhece, afirmando que "se não houvesse nenhuma vantagem a ser colhida destes estudos além da satisfação de uma curiosidade ingênua, mesmo assim este

resultado não devia ser desprezado" (p. 04). É este permitir pensar que se apresenta como grande desafio no campo acadêmico jurídico e que deve ser estimulado desde cedo.

Diante dessas reflexões observamos que o primeiro passo é reconhecer que não se sabe a resposta para a pergunta elaborada e, valendo-se de método científico, buscar a solução para a indagação muitas vezes superando a própria visão inicial da possível resposta e, superando o desejo inicial de confirmação de hipóteses, deixar se surpreender pelos resultados.

2. A NECESSIADADE DE HUMILDADE CIENTÍFICA E A APROXIMAÇÃO DA EMPIRIA NO ESTUDO DO DIREITO

Outro pressuposto básico da busca pelo desconhecido é ter o pesquisador a consciência de que nada sabe, o que deverá possibilitar o estranhamento no campo que antes lhe era ou ao menos parecia familiar. Nem sempre é tarefa simples para um jurista reconhecer que o direito não apresenta soluções prontas para todos os problemas do mundo e que muitas vezes essas respostas necessitam ser construída no âmbito social e jurídico.

Por ser tradicionalmente formalista, no estudo do direito nas universidades se aprende, especialmente na graduação, conceitos e dogmas bem distantes do empirismo, até mesmo da realidade social a que está inserida a norma, como bem salientou Rebeca Lemos Igreja (2017):

> De fato, o que observamos em nossa cotidianidade é a transmissão da ideia de um Direito formalista, positivista, dogmático, distante do universo de pesquisa empírica. Essa perspectiva tende a desconsiderar os diversos estudos empíricos realizados, especialmente pelas Ciências Sociais, que buscam demonstrar que o Direito, longe de ser uma entidade abstrata, está imerso em um contexto social, cultural e histórico específico, que lhe molda e lhe condiciona (p. 11).

Para aproximar novamente o direito ao campo da empiria, ou o mundo do dever ser ao mundo do ser, é necessário entender a lição de Roberto da Mata (1878) ao escrever O Ofício do Etnólogo, ou como ter "Anthropological Blues", processo que exige três etapas essenciais. "A primeira, é aquela caracterizada pelo uso e até abuso da cabeça, quando ainda não temos nenhum contato com os seres humanos". É o que ele denomina de fase teórico-intelectual, segundo ele "um conhecer teórico, universal, mediatizado não pelo concreto e sobretudo

pelo específico, mas pelo abstrato e pelo não vivenciado. Pelos livros, ensaios e artigos: pelos outros" (p. 24).

A segunda etapa é o período prático, onde até mesmo a antevéspera da ida ao campo causa ansiedade pelo fato de "nosso treinamento tende a ser excessivamente verbal e teórico, ou quando somos socializados numa cultura que nos ensina sistematicamente o conformismo". (p. 24). A terceira fase, chamada por ele de "pessoal ou existencial", é a busca por uma união entre a formação científica e a experiência empírica, dando "uma certa visão de conjunto que certamente deve coroar todo o nosso esforço e trabalho". (p. 25)

Como lhe é peculiar em seus ensaios, Roberto da Mata faz parecer simples um processo de extrema doação pessoal como o descrito acima, mas que pode ser facilitado com o uso interdisciplinar das ciências e as ferramentas metodológicas adequadas, sem esquecer do principal, um espírito de perseverança do pesquisador e a paciência inesgotável de seu orientador.

Passa-se então a analisar a pesquisa etnográfica como modalidade de pesquisa empírica perfeitamente compatível com as pesquisas do direito, como afirmou Rebecca Lemos Igreja (2017) no capítulo com o título "O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito", constata que:

> O trabalho de campo etnográfico não está limitado ao uso dos antropólogos. Atualmente, são várias as disciplinas que já empregam o método em suas análises sobre os fenômenos sociais, como a sociologia, a geografia humana, estudos da área de saúde, a psicologia e, é claro, o direito. (p. 18)

A etnografia é usada para conhecer a realidade social e conforme WEBER (2003) tem por objetivo "antes de tudo compreender, aproximando o que está distante, tornando familiar o que é estranho" (p. 10). Contudo, essa aproximação entre o pesquisador e o universo pesquisado muitas vezes apresenta seus riscos, conforme nos alerta o referido autor:

> Não há como estranhar, portanto, que o olhar etnográfico incomode, como o do fotógrafo ou do documentarista. Ele mostra sem dissimulação as coisas e os homens tais quais são. Presta uma atenção clínica às ações e relações. Ao agir dessa forma pode incomodar, melindrar, causar mal-estar ou contribuir para questionar."
>
> (...)

> Assim, a pesquisa etnográfica permite uma guinada de pontos de vista que consegue fazer com que se vejam de outra forma coisas nas quais nós esbarramos todos os dias sem as "ver" de verdade. (p. 10).

Alcançado o relutado da pesquisa, passa-se a tratar agora do sistema teórico proposto pelo pesquisador, utilizando o conceito proposto por Popper (1972) como sendo a empiria "o 'mundo real', ou o 'mundo da nossa experiência" (p. 40) e que deve atender aos seguintes critérios:

> Em primeiro lugar, ele deve ser sintético, de modo que possa representar um mundo não contraditório, isto é, um mundo possível. Em segundo lugar, deve satisfazer o critério da demarcação, ou seja, deve não ser metafísico, isto é, deve representar um mundo de experiência possível. Em terceiro lugar, deve ser diferente, de alguma forma, de outros sistemas semelhantes como o único representativo de nosso mundo da experiência. (p. 40).

Diante disso surge outro desafio, fala-se da necessidade de verificação de qualquer teoria. Popper considera adequado para isso o uso da teoria da demarcação, buscando não a confirmação da teoria, mas a sua falseabilidade, significando que quanto mais resistir às críticas que tentam falseá-la, mais veracidade se atribui a essa teoria. O pesquisador deve se perguntar: meu método pode falsear o que eu acho? Posso ser surpreendido com o resultado? Em caso afirmativo, esse será um bom método.

Relacionado aos esforços para confirmar ou negar uma teoria é necessário extrair outra constatação: quando o pesquisador fala sobre algo ou algum objeto, de certa forma fala também sobre si mesmo. Isso também pode ser chamado de posição de fala. Uma posição de fala bem definida pelo pesquisador ajuda o leitor, que será o receptor da pesquisa, a entender os aspectos que ligam o observador ao objeto observado.

Mas além disso, a relação entre o pesquisador e o objeto pesquisado está permeada de sentido psicológico, motivo pelo qual haveria uma tendência natural do pesquisador em buscar confirmar suas hipóteses, muitas fezes formuladas com base em seus pré-conceitos, mesmo que de forma inconsciente. O exercício de tentar refutar suas hipóteses ao invés de tentar confirmá-las, como proposto por Popper é, nada mais, que um desafio de humildade científica ou um verdadeiro reconhecimento de que nada sabe e a necessidade do se deixar surpreender, já tratados anteriormente.

Nada disso parece ou é tarefa simples. Sabedores de que a investigação científica impõe desafios, a própria consciência deles é o primeiro passo para

superá-los. Boaventura Sousa Santos (2001), nos lembra ainda que o pensamento científico por si só exige um indivíduo auto-reflexivo, o que é privilégio de poucos, pois "a esmagadora maioria da população mundial, que neste momento sofre a exclusão, a desigualdade, a polarização entre ricos e pobres, tão pouco pode pensar, porque está tão ocupada em sobreviver que não tem, realmente, capacidade, nem tem disposição para pensar" (p. 15). Essa constatação traz à reflexão o tema da desigualdade que deve ser enfrentada também quando falamos em acesso ao ensino superior e iniciação na pesquisa. Boaventura também distingue a objetividade exigida na pesquisa como distinta da neutralidade, por ele condenada, afirmando que:

> A objetividade é fundamental, a neutralidade deve ser superada. A idéia da objetividade, normalmente, conota três idéias distintas: a imparcialidade, que tem muito a ver com o fundamento das teorias; a neutralidade que é indiferença às consequências da teoria;
>
> (...)
>
> A neutralidade ou indiferença às conseqüências é que eu penso que tem que ser superada, isto é, nós temos realmente de ser capazes de sermos objetivos sem sermos neutros. Sermos objetivos significa analisarmos a realidade com as técnicas e os métodos que estão à nossa disposição, sem sectarismos nem dogmatismos. (p. 17 e 18).

A consciência de que se deve ser objetivos, fugindo dos enviesamentos, não pode significar indiferença com relação as consequências da teoria desenvolvida. Complementando essa ideia, afirma Boaventura que "o intelectual, o cientista social, tem que ser o contrário disso, tem que ser duas coisas neste momento: tem que ser, por um lado, tradutor e tem que ser, por outro lado, a voz" (p. 08), reconhecendo assim o cientista como fator de mudança social. Aliás, contribuir para evolução de qualquer ciência por meio da pesquisa já não é por si um fator de mudança social? O que Boaventura afirma é que temos que ter consciência dessa responsabilidade.

Mesmo assim se deve separar o valor e a crença pessoal do trabalho investigativo, o que só é possível pelo uso do método, com a consequente honestidade na busca de dados e imparcialidade na busca das fontes, estando disposto o pesquisador a expor evidências mesmo que contrárias às visões pessoas de mundo ou seus pré-conceitos conscientes ou inconscientes.

O mesmo acontece quando se busca conhecer as experiências dos outros, com entrevistas, por exemplo, onde se precisa compreender suas narrativas considerando suas posições de fala e que falam não do fenômeno, mas

de suas experiências sobre o fenômeno (como percebem o fenômeno). Esse conhecer o mundo pelo olhar do outro é a etnografia.

Ainda com relação ao ir ao campo, Beaud e Weber (2007) afirma que são exigidas qualidades pessoais, como habilidade para se relacionar "com pessoas desconhecidas pertencentes a outros meios sociais que não o seu e de ganhar a confiança dos pesquisados, de negociar um lugar no campo, de ficar lá, capaz, às vezes, de 'incomodar as pessoas'. (p. 22). Em seguida o mesmo autor nos alerta que "A pesquisa é ativa, corre o risco das interações e dos mal-entendidos para evitar os do contra-sensos e as interpretações excessivas." (p. 32). Em outras palavras, é preciso estar consciente dos desafios e dispostos a enfrentá-los.

3. A INTERDISCIPLINARIEDADE NA PESQUISA E O DESAFIO METODOLÓGICO

Não nos afastando da visão de Kelsen, que buscava libertar o direito das outras ciências, distinguindo as ciências naturais (fatos), como por exemplo a sociologia, das ciências do espírito (dever ser), como o direito, importante se compreender a ideia da interdisciplinaridade como busca de uma reaproximação epistemológica, mas sem confundi-las. O campo interdisciplinar não é o da disputa e sim o da abertura, ou seja, a busca da posição de igualdade entre as ciências e sua complementariedade.

Seguindo o conceito de interdisciplinaridade de Augusta Tereza de Alvarenga, et al, (2011) como sendo a "colaboração entre disciplinas diversas, ou entre setores heterogêneos de uma mesma ciência que conduz a interações propriamente ditas, isto é, certa reciprocidade dentro das trocas, de maneira que haja um total enriquecimento mútuo (p. 36 e 37), se contata que não há prevalência de uma ciência sobre a outra. Busca-se a posição de igualdade nessa relação.

Então, como visto até agora, são requisitos elementares iniciais para a pesquisa, ter uma pergunta bem delimitada, humildade científica, saber da necessidade de estudos interdisciplinares e compreender em que consistem os estudos empíricos, mas isso não é tudo, restam ainda os desafios metodológicos.

Em uma pesquisa se apresentam como desafios produzir: a) um trabalho profundo e inovador; b) dar um "olhar local" sem medo de pensar por si mesmo; c) chegar a veracidade das respostas obtidas no campo, d) ultrapassar o

estado da arte, ou seja, o que já foi escrito. Para isso deverá o pesquisador se valer da metodologia.

Necessário inicialmente distinguir o método da metodologia. Método é como vai fazer, a metodologia é entender o porquê se usa esse método. Existe um arsenal de métodos a disposição do pesquisador e seu orientador, cabendo a eles elegê-los conforme a melhor estratégia de ação.

Neste trabalho não há pretensão de expor todas as possibilidades de métodos, ao contrário, será dado enfoque àqueles expostos pelos autores estudados na disciplina de epistemologia, ou seja, as que seriam mais voltadas a etnografia. Assim, inicialmente é fundamental voltar a obra de Rebecca Lemos Igreja (2017), para falar da pesquisa qualitativa como forma de trabalhar a pesquisa sob o enfoque de análise das relações sociais, dada as complexidades dessas relações, como destaca:

> A pesquisa qualitativa se define por uma série de métodos e técnicas que podem se empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações. (p. 14)

Além disso, o uso das diversas técnicas qualitativas também enfrenta desafios, como o da generalização ou da validação dos resultados, explicando que "a generalização deve ser compreendida como a possibilidade lógica de transferir as conclusões relativas a um caso a outros casos não examinados" (p. 21). A autora aponta ainda três alternativas para o pesquisador:

> Sobre a possibilidade de generalizações, os autores apontam três caminhos. Primeiro, pode ser que não haja simplesmente o interesse de generalização, pois o que se busca é aprofundar um caso específico. Segundo, e referindo-se a Roberto Ying, pode ser uma generalização analítica, onde o que se busca é generalizar teorias e não enumerar frequências. Assim seriam as generalizações a partir de teorias e conceitos que surgem no contexto da pesquisa. E finalmente, as generalizações podem ser feitas a partir de casos típicos. Citando a Descombre, Gimenez e Heau Lambert (Gimenez e Lambert, 2014, p. 356) explicam que o caso típico é aquele que é similar em aspectos cruciais a outros que podiam ser selecionados igualmente. O que se postula é que há um grau de homogeneidade entre os casos de uma mesma classe, o que permite generalizar os resultados obtidos. (p. 21).

Assim, consciente de quais seus objetivos o pesquisador pode validar suas descobertas sem que ela perca seu caráter de cientificidade. Além disso, a autora complementa "Não creio que o objetivo, por tudo o que já mencionamos, deve ser a produção de um relatório de pesquisa com objetividades, verdades, mas ao contrário, um relatório que traga complexidades, pontos de vista, indicações para que sejam pensadas políticas adequadas." (p. 33). Logo, havendo consciência dos objetivos e escolhendo as ferramentas adequadas para alcançá-lo, com habilidade o pesquisador conseguirá manter o caráter científico da pesquisa.

Quanto ao método quantitativo, Alexandre Samy de Castro (2017), no capítulo intitulado "O método quantitativo na pesquisa em direito", destaca que "A matéria prima fundamental da pesquisa qualitativa são os dados em formato de números" (fl. 40). No que se refere ao uso desse método em pesquisa jurídica, o autor alerta que a dificuldade está em transformar informações não estruturadas, como decisões jurídicas, em dados numéricos. Mas existem os bancos de dados estruturados "produzidos e organizados por instituições, como o CNJ e tribunais, que estejam pronto para análise estatística" (p. 41). Evidente que a produção de dados, além de exigir muito tempo e recursos financeiros, faz com que o pesquisador busque o acesso aos dados oficiais já consolidados, fazendo sua análise como foco no objeto da pesquisa.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista (2017), com o título "Direito: desafios, limites e possibilidades", apresenta outra ferramenta bastante utilizada na pesquisa empírica do direito, a observação participante. Criticando a dogmática jurídica "baseada essencialmente em opiniões, em vez de dados ou evidências", a autora destaca a importância "da valorização de pesquisas empíricas". (p. 87). No que se refere ao uso desse método da observação participante, afirma:

> A observação participante é uma maneira específica de se conhecer o campo que se quer pesquisar. Consiste em um processo de construção de uma relação de intimidade especial entre o pesquisador e os seus interlocutores. Trata-se de um método que implica na convivência e na imersão do pesquisador no campo, em um prazo relativamente longo, com o propósito de desenvolver um entendimento científico sobre aquele grupo determinado e escolhido para se pesquisar (May, 2001, p. 177). (p. 93).

Esse ir ao campo dispensa intermediários para as narrativas, pois é realizado pelo pesquisador em um processo de imersão no ambiente e objeto pesquisado. Suas reflexões surgem do convívio e de seus erros e acertos. A

autora alerta para outro problema bastante comum ao uso dessa ferramenta na área jurídica, pois se o meio for um ambiente judicial ou outro no qual esteja familiarizado, o observador passa a ser ao mesmo tempo pesquisador e nativo, afirmando que essa ambiguidade vivenciada trouxe "angustias metodológicas e existenciais bastante importantes (e felizmente superáveis)." (p. 95). Constata-se mais uma vez que a pesquisa tem seu preço, inclusive emocional. Em seguida, traz o que seria um antídoto para as dificuldades relatadas:

> a própria pesquisa e a busca pelos dados é que nos ajuda a adotarmos postura de neutralidade capazes de permitir o distanciamento necessário. Conversar com os interlocutores e captar os seus próprios pontos de vista e os sentidos e representações que eles próprios atribuem aos seus atos é o que nos desloca desse lugar de "nativos". (p. 97)

Outra exigência necessária para o uso da observação participante é a de que deve o "pesquisador suspender as suas moralidades em prol de tentar entende as moralidades dos nativos". Só assim será possível compreender a visão do outro, sem julgamentos morais e estereótipos.

José Roberto Xavier (2017) por sua vez, no capítulo "Algumas notas sobre a entrevista qualitativa da pesquisa", apresenta a entrevista semi-estruturada como ferramenta para coleta de dados empíricos. Importante dica prática fornecida é a técnica de reapresentar ao entrevistado "trecho do seu discurso, de forma espelhada e sutil, tem por frequência por efeito a retomada e o desenvolvimento do raciocínio em questão pelo paciente". É a busca que continue falando do assunto com maior desenvoltura e aprofundamento.

O autor complementa que "o que possibilita o sucesso de uma entrevista é em grande medida o comportamento do entrevistador". (p. 129). Para isso afirma que a empatia exerce papel fundamental. Estar preparado para as respostas que podem causar repulsa é uma boa estratégia e encerrar a entrevista em casos de agressão verbal ou assédio, tendo em mente que o entrevistado pratica um ato de boa vontade.

A formalidade da linguagem também deve ser adaptada ao entrevistado, sendo que "uma linguagem mais simples e sem jargões da área é necessária para entrevistados menos escolarizados e sem contato com a área; uma linguagem mais formal é necessária para entrevistados das elites judiciais, etc." (p. 133), evitando mimetismos forçados, ou seja, usar termos locais que não esteja familiarizado.

Outros erros comuns que o entrevistador deve manter policiamento constante "i) não interromper o entrevistado; ii) não falar demais; iii) respeitar os silêncios (p. 133). O primeiro parece óbvio, uma vez que o entrevistado precisa poder se manifestar com liberdade, só sendo admitida interrupções em caso de digressões constantes e fora do contexto da pesquisa, o que pode prejudica-la em virtude do tempo. O falar demais tem efeito semelhante, pois o foco é ouvir o entrevistado. A terceira observação, sendo o dever de respeitar o silêncio, é entender o contexto em que está inserido, pois pode ser reflexivo, de emoção ou de conclusão de raciocínio.

Fazer mais de uma pergunta que não se relacionam, de uma só vez, ou mesmo perguntas que convidem a resposta sim ou não, ou mesmo perguntas que já sugerem respostas, ou de difícil compreensão, devem ser evitadas.

Ana Gabriela Braga e Bruna Angotti, (2017) no capítulo "Grupo focal na prisão: algumas reflexões da experiência da pesquisa Dar à Luz na Sombra", apresenta a técnica do grupo focal como sendo a de "provocar a troca de ideias entre interlocutoras, dar a cesso a uma perspectiva coletiva do problema de pesquisa". (p. 161). Nesse modelo "A facilitadora tem, ao longo do debate, a árdua tarefa de organizar as falas – já que muitas vezes as participantes tendem a falar ao mesmo tempo – além da função de democratizar a participação" (p. 183). Outro desafio é a complicação de dos dados e "não é recomendado quando se busca um consenso sobre determinado assunto, ou ainda quando se trata de temas delicados, difíceis de serem tratados publicamente." (p. 184).

Sobre a pesquisa documental, Andréa Depieri de A. Reginato (2017), no capítulo "Uma introdução à pesquisa documental", inicialmente a autora faz o importante esclarecimento:

> Atualmente, consideramos como documentos não apenas os registros escritos, manuscritos ou impresso sem papel, mas toda a produção cultural consubstanciada em alguma forma material. Assim, são também considerados documentos os registros iconográficos, cinematográficos e qualquer outro tipo de registro do cotidiano (Cellard, 2008, p. 296), como filmes, vídeos, fotografias, programas de rádio, pinturas, plantas arquitetônicas, etc...(p. 195).

Ainda podem ser categorizados como públicos ou privados, ou ainda como fonte primária ou secundária. "As fontes primárias para a história são os testemunhos diretos dos fatos, enquanto fontes secundárias reproduzem posteriormente fatos não presenciados diretamente (Callard, 2008, p. 297)" (p.

196). Quanto a análise da validade e confiabilidade dos dados, a autora afirma que devem ser avaliados conforme as seguintes evidências:

> a) Autenticidade: a evidência é genuína e sua origem inquestionável?
>
> b) Credibilidade: a evidência está livre de erros ou distorções?
>
> c) Representatividade: trata-se de uma evidência típica de sua espécie e, se não, a extensão de sua atipicidade é conhecida?
>
> d) Sentido: a evidência é claramente compreensível? (p. 200)

Assim, o que em princípio parece tarefa simples e corriqueira ao jurista, a análise de um documento e seu uso na pesquisa exige maior atenção, como visto acima, sendo necessário verificar a autenticidade e veracidade, além da credibilidade das informações compiladas. Outro cuidado é verificar se o texto contido no documento se apresenta claro ao pesquisador.

Paulo Eduardo Alves da Silva (2017), com o texto intitulado "Pesquisas em processos judiciais" narra de experiência que servem para reflexão como meio de pesquisa empírica, como uma modalidade da técnica de pesquisa documental. Pode-se dizer, segundo o autor:

> De um ponto de vista exclusivamente jurídico, evidente que os autos processuais são uma fonte mais que adequada, recomendada propriamente, para descrever e analisar a aplicação dos comandos normativos e atuações das sanções que os acompanham e caracterizam. No plano da eficácia, qualquer norma jurídica, desde que direta ou indiretamente judicializada, pode, em princípio, ser analisada através de processos judiciais. (p. 282)

Esses levantamentos de dados servem tanto ao pesquisador em suas análises qualitativas quanto aos tribunais no que se refere a identificação de precedentes. Essa busca de decisões judiciais são rotinas na prática jurídica, mas quando se trata de análise no campo acadêmico científico, deve atender os rigores metodológicos pertinentes, dependendo dos objetivos, podendo usar recurso como a ficha de coleta de dados, por exemplo. Ainda complementa:

> No caso de levantamentos quantitativos, a literatura especializada já oferece sofisticados caminhos metodológicos para montar o mosaico de dados que envolve o documento.
>
> (...)
>
> No caso de levantamentos qualitativos em processos judiciais, a triangulação geralmente se dá com outras técnicas e outros objetos de investigação. As experiências narradas acima recorreram, por exemplo, a

> levantamentos etnográficos, relatórios gerenciais e entrevistas com diferentes atores envolvidos nos litígios judiciais e/ou órgãos do sistema objeto da pesquisa para compor, junto com os dados processuais, o mosaico de informações necessárias para o mais nítido esclarecimento do objeto pesquisado.

Em processos judiciais, a triangulação geralmente se dá com outras técnicas e outros objetos de investigação. As experiências narradas acima recorreram, por exemplo, a levantamentos etnográficos, relatórios gerenciais e entrevistas, por exemplo.

Maira Rocha Machado (2017), no capítulo "O estudo de caso na pesquisa em direito", passa a apresentar a possibilidade de se utilizar de um caso: "Para explicitar uma área de interesse ou atuação, para ilustrar um argumento, para indicar as possibilidades de aplicação de um instituto, para propiciar uma experiencia didática em sala de aula e para circunscrever um objeto de pesquisa" (p. 357).

Para o estudo específico na área jurídica "busca oferecer uma representação de um fenômeno jurídico", isto é, uma estratégia para estudar um ou mais autos processuais específicos, por exemplo.

Outros métodos e estratégias são compatíveis com o estudo empírico do direito, sendo as trazidas nesse artigo apenas algumas delas das quais se pode constatar a viabilidade da pesquisa com uso do método adequado e os cuidados epistemológicos devidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da proposta de contextualização da problemática envolvendo o aspecto essencialmente dogmático do estudo jurídico e a necessidade de reaproximação da empiria por meio da interdisciplinaridade, buscamos demonstrar que é possível a superação desse paradigma, sendo necessário o estímulo ao pensar científico.

Nas leituras, aulas e debates realizados por meio da disciplina de epistemologia, do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF, foram feitas reflexões fundamentais ao projeto de pesquisa doutoral que se debruça sobre a relação entre a migração e a criminalidade em Pacaraima, não apenas quanto ao objeto

de pesquisa e as metodologias mais adequadas a ele, mas principalmente sobre a construção do pesquisador.

A cada texto lido e debatido, o pesquisador se modifica, não apenas o projeto. O que era inicialmente certeza passava a ser dúvida. A consciência dos vícios na pesquisa, como enviesamento ou dogmatismos exigiram constante policiamento epistemológico e autoanálise. Aquele que inicia uma pesquisa não é o mesmo que a conclui pois o pesquisador que inicia a pesquisa se modifica no decorrer da caminhada.

Contatou-se que na ciência, para que ocorra a evolução, é necessário questionar o desconhecido. Tudo começa com a pergunta, cuja qualidade depende o sucesso na meta de alcançar os objetivos propostos. Da mesma fora que é necessário que o pesquisador se identifique com o objeto pesquisado, por meio de sua história de vida, há necessidade que busque o estranhamento ao campo, deixe-se surpreender, mantenha-se alerta para evitar se contaminar com preconceitos ou estigmas. Para isso deverá reconhecer que nada sabe e buscar o conhecimento por meio das técnicas metodológicas adequadas.

Esses elementos, fundamentais a qualquer pesquisador, apresentam-se como desafios a serem superados. Controlar o próprio ego e a vaidade é um exercício diário, em especial quando se trata do uso interdisciplinar, considerando outras ciências como iguais para busca de uma análise de objetos complexos, em especial os relacionados a empiria.

Passou-se a tratar do trabalho de campo etnográfico, suas dificuldades e formas de execução, a necessidade de objetividade, a busca pelo método mais adequado ao objeto, conforme as estratégias traçadas pelo pesquisador e seu orientador, fundamental em todo o processo, sem o qual não seria possível alcançar o objetivo de produzir ciência.

Após uma breve distinção conceitual entre método e metodologia, passou-se a relacionar algumas estratégias metodológicas para execução da pesquisa de campo, com foco na empiria e voltadas ao campo do direito. Há possibilidade de uso tanto do método qualitativo quanto do quantitativo.

Como alternativas metodológicas foram apresentadas as seguintes ferramentas: observação participante, entrevista, grupo focal, pesquisa documental, pesquisa em processos judiciais e estudos de caso. Muitas outras são os métodos possíveis, mas os trazidos ao texto foram os que mais chamaram a

atenção por se relacionarem ao projeto de pesquisa empírica em andamento no PPGSD-UFF.

Assim, acreditando que o presente artigo possa ser fator de motivação às pesquisas empíricas voltadas à área jurídica, como também sirva para demonstrar que existem ferramentas aos que já aceitaram o desafio e se enveredaram pela pesquisa interdisciplinaridade sob o enfoque etnográfico.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Augusta Thereza de, et al. Interdisciplinariedade em Ciência, Tecnologia & Inovação. Arlindo Philippi Jr e Antônio J Silva Neto Editores: São Paulo, 2011.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O uso da observação participante em pesquisas realizadas na área do direito**: desafios, limites e possibilidades. In: Machado, Maíra Rocha (Org)**.** Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

BEAUD, Stéphane; Weber, Florence. **Guia para a pesquisa de campo**: produzir e analisar dados etnográficos. Editora Vozes. Petrópolis, RJ. 2007.

BRAGA, Ana Gabriela; Angotti, Bruna. **Grupo focal na prisão**: algumas reflexões da experiência da pesquisa Dar à luz na sombra. In: Machado, Maíra Rocha (Org)**.** Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: Machado, Maíra Rocha (Org)**.** Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

DESCARTES, René. Meditações. (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HUME, David. Investigação Acerca do Entendimento Humano. Tradução: Anoar Aiex. 2012. Disponível em: http://docente.ifrn.edu.br/rodrigovidal/disciplinas/epistemologia-da-ciencia-2012.2/texto-de-david-hume-investigacao-acerca-do-entendimento-humano/view. Acesso em 11.08.2020.

IGREJA R. L. O Direito como objeto de estudo empírico: **o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito**. In: Machado, Maíra Rocha (Org)**.** Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MATA, R. da. O Ofício do Etnólogo, ou como ter "Anthropological Blues". In: Nunes, Edson de Oliveira (org). **A Aventura Sociológica**: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1978.

POPPER, Karl R. A lógica da pesquisa científica. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. Editora Cultrix. São Paulo: 1972.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução a pesquisa documental. In: Machado, Maíra Rocha (Org)**.** Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por que pensar? Editora Lua Nova. São Paulo. 2001. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Porque%20pensar_Lua%20Nova_2001.pdf. Acesso em 11.08.2020.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: Machado, Maíra Rocha (Org)**.** Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA HACIA EL MAGREB Y SAHEL: externalización de fronteras y securitización de migraciones

David Hernández Mártinez
Universidad Autónoma de Madrid
Investigador Postdoctoral, Madrid, España
david.hernandezm@uam.es

Resúmen: El artículo analiza la política migratoria de la Unión Europa y sus Estados miembros hacia los países del Magreb y el Sahel. La relevancia del tema deriva en que los flujos migratorios en la parte occidental del Mediterráneo se han convertido en una cuestión de primer orden para los Gobiernos europeos. La estrategia implementada desde el continente europeo hacia el norte de África se caracteriza por un intento de contención de las migraciones, evitando que repercutan directamente sobre sus territorios. El marco teórico del trabajo para analizar esta compleja realidad se fundamenta en los conceptos de externalización de fronteras y securitización de políticas migratorias. Son dos elementos utilizados ampliamente en los estudios académicos para delimitar y explicar la respuesta dada por los países receptores a la migración. La metodología utilizada es el análisis sintético-descriptivo que permite examinar las principales variables que interfieren sobre el objeto de estudio determinado. La presentación del artículo permite mostrar que las medidas de la Unión Europea basadas en la externalización de fronteras y securitización de las políticas migratorias no han conseguido resolver el problema, sino que en muchos casos lo han agudizado.

Palavras-clave: Unión Europa, Magreb, Sahel, Fronteras, Migraciones.

Abstract: The paper analyzes the migration policy of the European Union and its member states towards the Maghreb and Sahel countries. The relevance of the issue derives from the fact that migratory flows in the western part of the Mediterranean have become a matter of the first order for European governments. The strategy implemented from the European continent to North Africa is characterized by an attempt to contain migration, preventing it from having a direct impact on their territories. The theoretical framework of the article to analyze this complex reality is based on the concepts of externalization of borders and securitization of migration policies. They are two elements widely used in academic studies to define and explain the response given by host countries to migration. The methodology used is the synthetic-descriptive analysis that allows to examine the main variables that interfere with the determined object of study. The presentation of the article shows that the

measures of the European Union based on the externalization of borders and securitization of migration policies have not been able to solve the problem, but have exacerbated it in many cases.

Key-Words: European Union; Maghreb, Sahel, Borders, Migrations

INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) y los países miembros del Mediterráneo están haciendo frente en los últimos años a un incremento de los flujos migratorios procedentes del norte de África. El problema de la migración procedente de las regiones del Magreb y el Sahel coincide en un período convulso y complejo en el seno comunitario. La grave recesión económica de 2009 fue el antecedente de una profunda crisis política y de identidad sobre el proyecto común europeo y los Estados que la conforman. Las tensiones internas tuvieron diferentes manifestaciones políticas, como el proceso del *Brexit* y la marcha de Reino Unido de la organización. El auge de movimientos populistas y, especialmente, corrientes nacionalistas y de extrema derecha. Así como una polarización mayor del debate político.

Los problemas en el seno de la Unión Europea coinciden con importantes transformaciones en su entorno más próximo. La inestabilidad y convulsión en regiones como el Magreb y Sahel han supuesto serios problemas de seguridad para aquellos países y sus poblaciones. Las circunstancias locales conducen a una intensificación de los flujos migratorios que recorren de sur a norte el continente africano hacia las principales salidas del Mediterráneo. El destino final es llegar a las costas europeas, pese al elevado peligro que supone estos trayectos. Cada año son millares de seres humanos los que pierdan su vida intentando llegar al continente europeo por distintas vías.

El incremento de los flujos migratorios del norte de África hacia Europa se ha convertido en los últimos años en un tema recurrente de la discusión política y, aún más, intentando ser utilizados para obtener cierto rédito partidista por parte de diferentes corrientes y movimientos. Las posiciones más nacionalistas y conservadoras han marcado una línea claramente contraria a la migración procedente del Magreb y Sahel, fomentando el rechazo entre las sociedades europeas hacia la figura del migrante. La polarización de esta cuestión ha provocado que los Gobiernos europeos e instituciones comunitarias busquen

soluciones, que tengan el menor impacto posible sobre sus territorios, intentando soslayar el problema migratorio de forma circunstancial y superficial.

La gestión de la migración también está encontrándose con las dificultades propias de la integración comunitaria. El control de fronteras y la recepción de migrantes procedentes de terceros países no miembros de la Unión Europea ha estado estrictamente bajo el control de los Estados, puesto que es comprendida como una cuestión prioritaria para la seguridad de los mismos. No obstante, las sucesivas crisis migratorias ocurridas en los últimos años han empujado a numerosos Gobiernos nacionales a reivindicar una solución conjunta y coordinada del problema, pero las diferencias en cómo abordarlo todavía son muy profundas.

El consenso mínimo logrado en la Unión Europa y los Estados miembros para abordar la crisis migratoria en el Mediterráneo es la de intensificar los controles y las medidas de contención en los países africanos. Las relaciones con los socios del Magreb y Sahel se vinculan a las necesidades europeas de mitigar el número de migrantes que llegan al sur del continente europeo. Para ello se dirigen numerosos programas de cooperación política, económica, policial y militar destinados a lograr un mínimo grado de estabilidad en estas regiones, siendo en esos puntos donde se establezca el primer límite sobre los flujos migratorios. De esta forma, se han trasladado las fronteras de Europa más allá del norte de África y se ha borrado en muchos casos el cariz humano de la migración, para situarla en un plano en el que es percibida como una amenaza.

1. Marco teórico y metodología

El objeto de estudio es la política migratoria de la Unión Europea hacia las regiones del Magreb y Sahel, comprendiendo todas aquellas acciones y medidas tomadas por las instituciones comunitarias y por sus Estados miembros para abordar los flujos migratorios que proceden del norte de África e intentan cruzar el Mediterráneo occidental para llegar a las costas europeas, especialmente las referidas a España e Italia, dos de los países que mayor presión migratoria están recibiendo en los últimos años. En este sentido, el análisis se centra en un período comprendido entre 2008 y 2020, presentando toda una serie de acontecimientos que han ido marcando las relaciones de Europa con sus socios africanos y las iniciativas realizadas en materia migratoria. La fase temporal escogida se corresponde a una época de profundos cambios y transformaciones

tanto en Europa como el área africana, que han tenido una repercusión notable en la migración, la cual a su vez también ha influido en la evolución del debate político y las relaciones entre ambos espacios limítrofes.

El trabajo parte de la hipótesis de que las estrategias implementadas desde la Unión Europea hacia la migración procedente de África no se centran en la solución del problema, sino en una contención del mismo y alejar la presión migratoria de las propias fronteras europeas. En este sentido, el resultado no es que el problema esté siendo resuelto o canalizado, sino que simplemente está siento trasportado hacia latitudes cada vez más alejadas del territorio europeo, dejando recaer todo el esfuerzo de control y acogida primeramente en los Estados africanos.

El análisis cuenta con una segunda hipótesis presente a lo largo del trabajo. La política migratoria de la Unión Europea no está logrando sus objetivos en tanto en cuanto no consigue reducir los flujos migratorios, tampoco está mitigando el peso de las redes ilegales de migración, ni está sirviendo para mejorar una colaboración eficaz con los países africanos. La migración se ha convertido en un elemento de negociación tanto en el seno de las instituciones comunitarias, como hacia los Gobiernos del Magreb y Sahel. Las acciones emprendidas solo están motivando que se perpetúen sucesivas crisis migratorias en el Mediterráneo.

La metodología seguida en el trabajo se circunscribe al análisis sintético-descriptivo, centrado en la identificación de las principales variables que interfieren en el proceso de formulación e implementación de la política migratoria europea en el período comprendido entre los años 2008 y 2020. Se describen y presentan los principales factores (Garza, 1996, pp. 5-7), que han ido marcando los planteamientos sobre migración de la Unión Europea y sus relaciones con los países del Sahel y Magreb para aprehender este tema de forma conjunta. Son elementos de distinta índole política, económica y social que han conformado un contexto específico donde tiene lugar el debate y acción en torno a la migración.

El método de investigación utilizado es acompañado también por la técnica del *process tracing*, que permite hacer una identificación clara de las secuencias y procesos en los que se desarrolla el objeto de estudio (Bril-Mascarenhas, Maillet y Mayaux, 2017, pp. 663-665). A través de ello se pueden determinar las relaciones de interdependencia y conexiones causales que existen entre los diferentes factores menciones y sintetizados. Se consigue establecer una

exposición que no solo presenta y describe los elementos circunscritos al tema central del análisis, sino también facilita la presentación limitada temporalmente de cada uno de los eventos y circunstancias que han propiciado los resultados y situación actual.

La investigación se encuentra limitada en torno a un objeto de estudio, un período de análisis específico, apoyado sobre dos hipótesis centrales y definido los márgenes metodológicos del trabajo (Calduch, 1998, pp. 9-10). El desarrollo de la exposición parte también de un marco teórico cimentado en dos elementos clave, que son los que definen y caracterizan el artículo. En primer término, se menciona el concepto de externalización de fronteras, que es recurrentemente utilizado en las corrientes y disciplinas que abordan cuestiones fronterizas y de migraciones, definiendo el proceso por el cuál un Estado traslada los primeros límites territoriales y responsabilidades sobre un tercero. En segundo lugar, se trata la securitización de las políticas migratorias, vinculado con los prolíferos estudios que hay sobre como las perspectivas de seguridad y defensa se han extendido a lo largo de numerosos ámbitos políticos y sociales, delimitando los contornos propios del debate.

La externalización de fronteras y la securitización de la agenda migratoria son dos conceptos que se encuentran intrincados y que se retroalimentan mutuamente. Son el resultado de un conjunto de cambios políticos y sociales que ocurren a escala internacional y el ámbito comunitario. A partir de la década de los noventa, pero, sobre todo, desde principios de los dos mil, en la Unión Europea existe una preocupación mayor por un control más fuerte de los flujos migratorios, asociándolo a una cuestión pura de seguridad (Naranjo, 2014, pp. 16-17). El auge del terrorismo yihadista a escala global y la presencia creciente de discursos racistas en el debate político de los Estados miembros, conducen a que la migración se asocie como un elemento disruptivo para la estabilidad.

Comienza entonces a caracterizarse la política migratoria de la Unión Europa como un fenómeno de externalización de fronteras, donde los diversos controles y mecanismos de contención sobre movimientos migratorios no se realizan en las fronteras territoriales de Europa, sino en terceros países, que son sobre los que se delega la primera responsabilidad de recibir y acoger a los migrantes (Barbero y Donadio, 2019, pp. 139-141). El margen de actuación de los países europeos ya no se concentra en sus líneas fronterizas directas sino que se amplía hacia los territorios del entorno. La tendencia de prevención hacia la migración que intenta llegar al continente europeo empuja a los Gobiernos a

destinar cada vez mayores esfuerzos hacia espacios y regiones cada vez más alejadas de sus fronteras.

La asociación realizada entre migración y amenaza conduce a los Estados europeos a hacer una comprensión de las políticas migratorias desde una óptica securitaria. Es decir, los medios y recursos destinados a la gestión de los flujos migratorios están en consonancia a las necesidades militares y policiales. La securitización de la migración justifica que se anule el debate político y social sobre el problema (Ruiz-Giménez, 2017, pp. 154-156), ya que las autoridades alegan que es un elemento que afecta a la propia seguridad nacional y estabilidad interna, por lo que no existe discusión. De esta forma, un tema de naturaleza puramente humanitaria y social pasa a ser un ámbito más de la defensa y de las áreas ministeriales de interior. Y sobre la externalización y securitización es a partir de la que se construye la política migratoria europea de las últimas décadas.

2. Contexto regional e internacional de la migración

En el período de 2008 a 2020 existen diversos acontecimientos en el seno de la Unión Europa y también en el entorno regional del Sahel y Magreb, que precipitan una reformulación de las prioridades y políticas comunitarias hacia el vecindario. El cambio de perspectiva se inicia con la crisis económica de 2008-2009, que tiene un impacto notable en la mayor parte de economías del continente europeo y, especialmente, afecta a la estabilidad de numerosos países y al propio proyecto de integración. La repercusión de la crisis tendrá efectos notables sobre la forma en que se formulan las relaciones con los países del entorno del Mediterráneo sur.

En julio de 2008 se constituyó la organización de la Unión por el Mediterráneo, que congregaba a 42 países de la Unión Europa y de las zonas limítrofes del norte de África y Oriente Medio. La iniciativa impulsada por Francia y España buscaba consolidar mecanismos de cooperación e integración en distintos ámbitos políticos, económicos y sociales (Barbé, 2009, pp. 32-34). Surgió en un contexto de estabilidad regional y de cierto optimismo y confianza, que buscaba asociar procesos de desarrollo con una expansión de los principios democráticos que defendían las instituciones europeas. Desde Europa se pretendía ejercer un cierto liderazgo en el entorno regional, pero los problemas derivados de la crisis económica supondrán una regresión en los planes iniciales.

La recesión tiene un doble impacto en el continente europeo. En primer lugar, afecta especialmente a las economías más frágiles, como son la española, italiana y griega, generando enormes tensiones en el interior de estos países. En segundo término, las medidas para hacer frente a la crisis conllevan una división política sin precedentes en la Unión Europea (Sanahuja, 2012, pp. 52-54). En el proyecto comunitario queda notablemente erosionado y deslegitimado tanto hacia las propias sociedades europeas, que comienzan a percibir fallos notables en su construcción, como hacia el exterior, debido a las incapacidad de dar una respuesta conjunta tanto a los problemas internos como a los desafíos que comienzan a surgir en el exterior. Comienza un ciclo de creciente inestabilidad en el continente europeo, que provoca que desde las capitales europeas se desatiendan los espacios de alrededor.

Las revueltas árabes de 2011 coinciden con el período de ausencia de la Unión Europea a escala internacional, incapaz de dar una respuesta conjunta a estos nuevos problemas. La primavera árabe tendrá un impacto político y social notable en toda la esfera del norte de África y Oriente Medio (Hernández, 2019, pp. 168-170). Las protestas derivan en numerosos conflictos en la franja sur del Mediterráneo. Los Estados europeos no solo tienen que hacer frente a los efectos todavía persistentes de la crisis económica, sino que además se verán abocados a tener que gestionar la violencia e inestabilidad en puntos tan sensibles como Libia o Siria. Las consecuencias de estos acontecimientos comenzarán a hacer notar en los siguientes años. Una de los resultados más visibles será el incremento de los flujos migratorios en las costas del Mediterráneo.

El período de dificultades y complicaciones para la Unión Europea se agudiza a partir de 2013. En Reino Unido se abre el proceso político que desencadenará el *Brexit,* el primer ministro británico, David Cameron, anuncia en 2013 la celebración de un referéndum sobre la permanencia en la Unión Europea, que desembocará en el plebiscito de 2017, donde gana la opción del no. Estos hechos marcan un nuevo punto de inflexión en Europa. El proyecto de integración fue entendido durante décadas como un proceso irreversible hacia adelante, donde la cosoberanía suplía paulatinamente a las competencias estatales. Sin embargo, el caso británico puso de relieve las fragilidades de una integración inacabada que, además, sufría amenazas en sus fronteras.

A finales de 2013 y principios de 2014 se producen revueltas en Ucrania, que desembocan en la caída del Gobierno pro-ruso y el ascenso de corrientes nacionalistas. En la península de Crimea, las facciones pro-rusas toman el poder

y solicitan la intervención militar de Rusia, que en unos pocos días se anexiona el territorio (Ochman, 2015, pp. 57-59). Algunas provincias del este declaran su independencia y comienza un conflicto armado, apoyados por milicias provenientes de Rusia. En estas circunstancias, los Estados del este de la Unión Europea se encuentra una amenaza real tanto para su soberanía como integridad. Para estos países la prioridad de la política comunitaria hacia el exterior tiene que ser la presencia creciente rusa. Sin embargo, para otros socios comunitarios la atención internacional tiene que dirigirse a diferentes áreas.

Durante estos años se manifiesta una nueva división en la Unión Europea, pero esta vez sobre la visión estratégica que debe tomar la organización con respecto a las dinámicas internacionales. Los países del este empujan para reforzar la atención en ese frente, pero los miembros del sur del Mediterráneo, como Francia, España, Italia o Grecia, reclaman mayores esfuerzos en materia de seguridad y migraciones para el norte de África. En este sentido, la crisis en Ucrania coincide con las intervenciones militares francesas en el Sahel, donde despliega más de 5000 soldados para combatir a grupos yihadistas en Malí (Torres, 2019, pp. 98-100). A esta iniciativa también se sumarán otros Gobiernos como el alemán y el español. No obstante, este tipo de acciones se realizan entre la cooperación de Estados y no al amparo de la Unión Europea, que es incapaz de dar una respuesta conjunta a los problemas de su alrededor.

La inestabilidad y conflicto generados tras la primavera árabe de 2011 en puntos clave como Libia y Siria, tiene además el añadido de la expansión de grupos terroristas y radicales a lo largo del Sahel, centrándose en Malí, pero con la amenaza de repercutir sobre otros países como Níger, Burkina Faso, Costa de Marfil o Mauritania. Esta región de África es el puto de origen de muchos de los movimientos migratorios que recorren el continente hacia el Mediterráneo. La inestabilidad en la zona y la intervención militar de algunos Estados europeos conduce a que se refuerce la tendencia a intentar securitizar la migración procedente de estos países (Delkáder-Palacios, 2019, pp. 184-186). Sobre todo, reforzar medidas de control en estos territorios que sirvan de contención ante la migración con la justificación de las misiones antiterroristas y de paz.

En la parte este del Sahel también surge un nuevo conflicto en Sudán del Sur, que se alargará hasta el año 2020. Las tensiones en esas partes del continente africano también intensifican los desplazamientos de población. La mayor parte de los Estados de la región del Sahel tienen serios problemas para hacer frente tanto a los problemas de seguridad como a la gestión de los movimientos

migratorios. Libia se convierte en otro país añadido no existe ningún tipo de autoridad capaz de controlar el territorio (Díaz de Aguilar, 2018, pp. 861-863). Los socios comunitarios comienzan una escalada continuada de esfuerzos económicos, militares y policiales para apoyar a los Gobiernos y regímenes de la zona.

Las dificultades exteriores de la Unión Europea coinciden con movimientos internos en cada uno de los países y en las propias instituciones europeas, que ponen en cuestión el proceso de integración y la validez de emprender políticas comunitarias en aspectos tan significativos como la seguridad de las fronteras y la migración. Por un lado, corrientes de izquierdas que toman auge especialmente en países del sur de Europa, que presentan una crítica alternativa al modelo económico desarrollado en el espacio comunitario. Por otro, el ascenso de formaciones de extrema derecha (Ferrero-Turrión, 2016, pp. 178-179), que reclaman una reconversión de la integración, aprovechando las secuelas de la crisis económica y de la brecha abierta con el *Brexit*.

La migración se convierte en uno de los temas de mayor resonancia para las fuerzas de extrema derecha y nacionalistas, que ponen énfasis en la urgencia de controlar las propias fronteras europeas y frenar los flujos migratorios, ayudándose de ello de la militarización de estas políticas. La crisis de los refugiados en las costas griegas entre 2015 y 2017, que repercute en otros países como Croacia o Hungría, junto a los problemas en Italia con las migraciones desde Libia en 2018, o bien, más recientemente en España con la llegada de migrantes a las islas Canarias en 2020, son aprovechados por este tipo de actores políticos para ampliar la difusión de sus discursos y demandar acciones más restrictivas.

La presencia creciente de estas corrientes y las políticas que defienden sobre migración encuentran un importante ejemplo y respaldo ideológico en la figura de Donald Trump. La estrategia migratoria seguida por el presidente estadounidense durante sus cuatros años de mandato, representada por la idea de construir el muro fronterizo con México, sirvió de baluarte para muchos dirigentes europeos que postulan aprehender las crisis migratorias desde una perspectiva semejante, centrada en un robustecimiento de las fronteras y una mayor presencia militar y policial para controlar las principales vías hacia los territorios.

El debate sobre la gestión de las migraciones en zona comunitaria también tiene un apéndice particular en las relaciones que se establecen desde

Europa con terceros países, especialmente con sus regímenes, lo que contradice en muchos casos los valores y principios que la Unión Europea quiere proyectar a escala internacional. El caso más llamativo se da en el este del Mediterráneo con Turquía y el Gobierno de Tayyip Erdogan, que se ha convertido en una cuestión central en las relaciones entre el Estado turco y los socios comunitarios (De Toro, 2019, 755-757). Sin embargo, estas dinámicas también se extienden a otros tipos de acuerdos establecidos con autoridades de Libia y de países del Sahel, donde los Estados europeos renuncian a aquellos postulados democráticos sobre los que surgió la Unión por el Mediterráneo en 2008.

El contexto regional en torno al Mediterráneo y la propia evolución política, económica y social han conducido a que se consoliden unos planteamientos muy concretos sobre la migración y las fronteras. Estos conceptos y visiones estratégicas han tenido reflejo en una formulación muy concreta sobre las políticas migratorias en el seno de la Unión Europea, donde se ha consolidado la externalización de las fronteras y la securitización de estos ámbitos de actuación. La narrativa prevalente impide a lo largo de este período presentar e intentar implementar otro tipo de perspectivas, que ayuden a desarrollar una acción migratoria que atienda verdaderamente las causas del problema.

3. Política y estrategia migratoria de la Unión Europea

La política migratoria de la Unión Europea ha sido un elemento que ha tenido un desarrollo menor y más lento que otros ámbitos de integración. Hasta la década de los ochenta del siglo XX, esta fue una cuestión asumida como de competencia puramente estatal. Sin embargo, existen dos elementos que marcan una innovación en los espacios fronterizos. Por un lado, el Acuerdo de Schengen de 1985. Por otro, el Convenio de Dublín de 1990. El primero supone un hito en el proyecto comunitario, ya que suprime las fronteras interiores entre los Estados miembros (Olesti, 2012, pp. 50-51), estableciendo los controles sobre las fronteras exteriores o límites con terceros países no miembros. De esta forma, todo el espacio Schengen se convierte en una zona total de libre circulación y sin restricciones, por lo que cualquier acceso a un país comunitario se convierte de facto en un ingreso a territorio europeo.

El Convenio de Dublín, que posteriormente fue sustituido con los reglamentos de Dublín II en 2003 y Dublín III en 2013, profundiza en la

estandarización de la normativa de asilo, estableciendo unos procesos normalizados para todos los firmantes (Garcés-Mascareñas, 2015, pp. 1-2). El objetivo no solo era agilizar el proceso de asilo, sino, sobre todo, establecer a qué Estado miembro le correspondía la responsabilidad de atender la demanda de asilo. Este convenio ha generado numerosas controversias en los últimos años, debido a que determina que el primer Estado a que llega la persona demandante de asilo es el encargado de tramitar la petición de asilo. Esta circunstancia ha derivado en que sean los países de la frontera del Mediterráneo los que soporten la mayor carga.

El siguiente salto cualitativo de la Unión Europea hacia la integración de políticas fronterizas y migratorias fue la constitución de la Agencia Europa de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) en el año 2004, que fue renovada y ampliada sus competencias de actuación en el 2016 (Santos, 2018, pp. 147-149). Frontex cuenta con más de 1500 funcionarios repartidos a lo largo de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Su función radica en asistir y trabajar conjuntamente con las guardias fronterizas de los Estados miembros en el control y vigilancia de las fronteras. Supone un avance importante hacia una gestión real comunitaria, donde los Estados van progresivamente perdiendo competencias en favor de una agencia común. No obstante, su desarrollo no está siendo del todo pleno, ya que existen Gobiernos nacionales que se resiste a ceder mayores cotas de soberanía en un aspecto tan sensible.

La política de migración comunitaria queda recogida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el Tratado de la Unión Europa (TUE), donde está delimitado que la Unión Europea asume responsabilidades en el control de acceso al territorio europeo y en el establecimiento de residencia legal para migrantes. La Unión Europea también puede celebrar acuerdos con terceros países para regularizar la migración de origen y disponer de los medios necesarios para luchar contra la migración irregular y la delincuencia transfronteriza. Además, las instituciones comunitarias también están facultadas para asistir y apoyar a los Estados miembros en el control de fronteras y la acogida de migrantes y residentes extranjeros. En este sentido, las políticas de migración también establecen el principio de solidaridad y equilibrio para asegurar que existe un reparto equitativo de la presión migratoria entre Estados.

La propia Unión Europea en su política de migración establece cinco tipos generales de marcos regulativos según el tipo de flujos migratorios distinguidos: los solicitantes de asilo; los trabajadores altamente cualificados; los

estudiantes e investigadores; los trabajadores temporeros; y la reagrupación familiar. El objetivo ha sido postular unos márgenes comunes para gestionar la migración. También se han ido desarrollando normas generales para una estandarización de solicitudes de ingreso o asilo, como acuerdos con terceros países para el retorno de migrantes llegados a territorio europeo de forma ilegal. En este sentido, el punto más llamativo en los últimos años ha sido el referido a los solicitantes de asilo y refugiados, ya que desde la crisis migratoria del Mediterráneo Oriental, desde la Unión Europea se acordó la implementación de programas de reasentamiento. Estas iniciativas buscaron, por un lado, gestionar de forma coordinada la llegada de migrantes y hacer un reparto equitativo de todas las peticiones.

La estrategia de la Unión Europea para la migración queda desde el año 2005 encuadrada en el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (EGMM), que renuevan y valúan periódicamente la Comisión Europea. El EGMM marca las prioridades de la Unión Europea en temas de migración y asilo (Romera, 2017, pp. 185-186). El propósito de este enfoque es el de orientar los acuerdos de las instituciones comunitarias con terceros países para favorecer la regularización y control de los flujos migratorios. Las premisas del EGMM han ido evolucionando de unos principios sobre la gestión compartida de la migración, hacia una delegación de responsabilidades en los otros Estados, a cambio de recursos, nuevos acuerdos comerciales o cooperación militar

La política de migración de la Unión Europea no ha alcanzado un grado total de integración, sino que todavía es un ámbito comunitario incompleto, puesto que lo Estados miembros siguen reservándose las principales competencias. Sin embargo, los marcos migratorios establecidos desde los tratados y normativas han ido permitiendo una cierta convergencia en las políticas de cada Gobierno nacional (Rea, 2006, pp. 164-166), aunque en ocasiones se detecten profundas divergencias y ausencia de complementariedades entre los objetivos marcados por los marcos comunitarios y las proposiciones desde cada país. Las sucesivas crisis migratorias surgidas en el período entre 2008 y 2020 han puesto de relieve las lagunas legales y las fragilidades políticas de una cuestión, que afecta al conjunto de la Unión Europea, pero que lo alcanza una respuesta global, acentuando las divisiones y diferencias estratégicas entre socios.

Los acontecimientos de 2015 en el Mediterráneo oriental, la crisis en las costas italianas de 2017 y las recientes llegadas de migrantes a las Islas Canarias

en 2020 ponen en evidencia, que la política migratoria europea no estaba preparada y adaptada a una realidad tan compleja. El marco legal de la Unión Europea sobre migración está pensado para normalizar y estandarizar la llegada de migrantes a territorio comunitario, partiendo de la base de unos flojos más o menos controlados desde distintos puntos de origen. No obstante, el problema ha radicado en que ni la Unión Europea ni los principales Estados miembros fueron conscientes de la situación en el norte de África, Oriente Próximo o Sahel, ni tampoco plantearon políticas preventivas o nuevos marcos legales, que fueron capaces de adaptarse a las circunstancias surgidas recientemente.

La acción de la Unión Europea no se centró en adaptar y reformular las premisas sobre las que se apoya su política migratoria, sino que buscó dar una respuesta contingente a los problemas surgidos. La emergencia de la situación favoreció la tendencia de securitización y externalización de fronteras que habían guiado la política de los Estados miembros y, que no había estado tan presente en el sentido del marco legislativo de la Unión Europea. La máxima manifestación de este tipo de medidas fue el desarrollo de la Operación EUNAVFOR MED SOPHIA, llevada a cabo a partir del 22 de junio de 2015 en torno al Mediterráneo central, entre las costas italianas y libias (Gonzalvo, 2016, pp. 162-164). La operación naval Sophia supuso un despliegue coordinado de fuerzas militares y marítimas con el propósito de combatir las organizaciones criminales de tráfico de seres humanos. Por tanto, asumió en sus orígenes una naturaleza puramente de seguridad y defensa, dejando de lado las verdaderas causas humanitarias y los problemas migratorios en la zona.

El acuerdo alcanzado con Turquía en 2016 supuso una ratificación a las intenciones europeas de gestionar los flujos migratorios a través de terceros países. La contención de esos migrantes en otros territorios que no fueran los comunitarios. Este pacto con el Estado turco, que fue cuestionado porque no se priman los derechos de los migrantes, sino la propia seguridad y estabilidad de los Estados europeos, fue acompañado de una intensificación de la militarización de los espacios fronterizos dentro de la Unión Europea, principalmente, en el este del espacio comunitario (Goig, 2017, pp. 97-99), intensificando la securitización de las políticas migratorias. No existió ningún planteamiento alternativo por parte de los dirigentes europeos, ya que los esfuerzo se centraron en que la crisis migratoria no afectará a los principales espacios de integración.

La réplica de las acciones implementadas por la Unión Europea en el norte de África y Mediterráneo oriental también se ha intensificado en los

últimos años sobre la región del Sahel. Las relaciones con la mayoría de estos países quedan circunscritas sobre la Estrategia de la Unión Europea para la Seguridad y el Desarrollo en el Sahel y el Plan de Acción Regional para el Sahel 2015-2020. En estos proyectos se insisten en tres principios centrales: gobernanza, seguridad y migración. La Unión Europea asocia que el aumento de los flujos migratorios provenientes de estas áreas africanas se produce por la inestabilidad interna. Las instituciones comunitarias comienzan a desarrollar programas centrados en mejorar los estamentos estatales de lo terceros países. El refuerzo se realiza en un primer momento en los sectores militares y policiales, comprendiéndolos como esenciales para combatir la violencia y, sobre todo, para prevenir los posibles focos de nuevos flujos migratorios.

La Unión Europea en su política migratoria hacia el norte de África y el Sahel ha ido marginando las cuestiones puramente referidas al desarrollo, para centrarse en las referidas a la seguridad y defensa. Se creó en 2015 el Fondo Fiduciario de Emergencia para África supuestamente para dar protección y ayuda a refugiados y migrantes en sus países de origen, intentando frenar la movilidad hacia Europa (Puig, 2020, pp. 2-4). Sin embargo, este tipo de medidas no se están mostrando eficaces, por lo que la Unión Europea sigue centrado en reforzar la seguridad en los países del Sahel, intentando reducir los niveles de tensión y conflicto que puedan motivar flujos migratorios. Se afianza la externalización de fronteras como el primer punto de control antes de llegar a Europa.

Los acuerdos de asociación entre la Unión Europea y los países del Sahel y el norte de África se han ido sucediendo a la par que los pactos entre los Estados miembros con los Gobiernos de aquella región. El resultado es que no existe una línea definida y clara más allá de reforzar los mecanismos de control y vigilancia sobre los flujos migratorios en los puntos de origen o tránsito. La política migratoria ha conseguido en los últimos años reducir la llegada de migrantes por las principales rutas mediterráneas. Sin embargo, el problema persiste y se extiende en torno a las fronteras europeas, las soluciones planteadas solo trasladan el campo de trabajo hacia territorios no comunitarios como Sahel y Magreb.

CONCLUSIÓN

El resultado de la política migratoria de la Unión Europea y sus principales Estados miembros se está demostrando deficiente, en tanto en cuanto no está logrando resolver el problema. Las crisis migratorias en el Mediterráneo están siendo recurrentes en los últimos años, aunque se reduce la llegada de migrantes, no se evita atajar el duro impacto humano que supone las numerosas muertes ocurridas en las costas. La externalización de las fronteras y la securitización de la migración se plantearon como el mecanismo más idóneo para dar una respuesta inmediata y tajante a un problema que tiene causas más profunda y cuyo impacto social y económico tanto en los países de origen como en los receptores supone un reto, que requiere la concordancia de ambas partes.

Las medidas migratorias europeas no están orientadas tanto a resolver la cuestión, sino favorecer que el impacto sea lo menor posible en el territorio y sociedades del continente europeo. El propósito es intentar contener la migración desde terceros países, para que de esta forma los esfuerzos receptores de los miembros comunitarios sean menores. El problema desaparece de la visión directa de los ciudadanos europeos y, de esta forma, los dirigentes políticos pueden afirmar que ha sido resuelto. Sin embargo, las constantes presiones migratorias sobre el Mediterráneo y los numerosos incidentes que surgen en las costas europeas ponen de relieve que los logros anunciados no se corresponden con la realidad.

Las políticas de externalización de fronteras y securitización de la migración son respuestas surgidas de la propia necesidad de los Gobiernos europeos para asegurar la estabilidad de sus sociedades, así como para frenar la polarización del debate político. Por tanto, no surgen atendiendo a la verdadera naturaleza del problema, ni haciendo que los terceros países asuman verdaderamente un rol activo. Además, plantean un profundo dilema ético y moral sobre la Unión Europea y lo que presuntamente intenta proyectar hacia el exterior. Las instituciones comunitarias y los Estados miembros intentan consagrarse a escala internacional como una potencia normativa, en la que residen los principales valores democráticas y la salvaguardia de los derechos humanos, que se consideran universales. No obstante, el posicionamiento tomado con la migración supone una corrección a los principios que supuestamente se dicen defender.

Los decisores europeos han tomado una estrategia donde prima el pragmatismo frente al idealismo, la visión cortoplacista frente al análisis holístico

y complejo, y la tendencia a la seguridad frente a otras formas de gestionar el problema migratorio. Desde la premisa de la política planteada los resultados no indican una proyección positiva. La externalización de fronteras y securitización de la migración se plantearon como una forma de contener los flujos y de canalizar, pero la realidad es que las crisis migratorias siguen ocurriendo incesantemente y la migración ilegal todavía persiste, lo que afecta en primer término a la propia seguridad de los migrantes. No obstante, no existen tendencias que muestren un interés por parte de los decisores europeos de cambiar sus premisas de trabajo.

El debate de la migración se ha ido trasladando paulatinamente desde cómo abordarlo hasta cuál debe ser el reparto o cuota para cada país. Es decir, la preocupación no se traslada tanto en asegurar cauces migratorios seguros, sino en el momento en que los migrantes llegan a territorio europeo seguir una distribución equitativa de los mismos. Esto genera que la migración sufra una deshumanización mayor, primero porque se intenta que la repercusión no sea directa en las sociedad europeas, segundo, porque se trata como si fuera de una cuestión de seguridad y, tercero, la deriva hacia una discusión en política y medios de comunicación que solo representa números, hace que se pierda la compresión total de la grave crisis humanitaria que rodea Europa.

La política migratoria cimentada en la externalización y securitización también pone de manifiesto las elevadas interdependencias que existen entre la Unión Europea y los países del Magreb y Sahel. La migración es un problema trasnacional y los europeos han comprendido que necesitan de los países africanos para atender la cuestión. Sin embargo, el planteamiento elaborado es erróneo ya que desde los Estados europeos no se trabaja verdaderamente de forma coordinada y entre iguales con los socios del continente africano, sino que simplemente se estipulan unas coordinadas de trabajo, que los terceros países deben cumplir a cambio de recibir grandes ayudas y recursos comunitarios. Es la llamada diplomacia de chequera donde el dinero europeo hacia migración se destina a reforzar los aparatos de control y seguridad de otros.

La cuestión de la migración requiere tres tipos de consensos que actualmente parecen inviables. Concordancia de intereses en las sociedades europeos, entre los Estados de la Unión Europea y entre los países europeos con las naciones africanas. La diferencia de intereses imposibilita este tipo de consenso, que permitiría abordar la migración de una forma más completa y humana. La externalización y securitización no garantizan que en los próximos

años las crisis migratorias sigan repitiéndose, dando lugar a una perpetuación del problema y no su solución.

REFERENCIAS

BARBÉ, Esther. *Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política mediterránea.* Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año Nº 13, Nº 32, 2009: 9-46.

BARKERO, Iker; y DONADIO, Giacomo. *La externalización interna de las fronteras em el control migratorio em la UE.* Revista CIDOB d'Afers Internacionals. 2019. Nº 122, p. 137-162.

BRIL-MASCARENHAS, Tomas; MAILLET, Antoine; y MAYUX, Pierre-Louis. *Process tracing. Inducción, deducción e inferência causal.* Revista de Ciencia Política/Volumen 37/Nº3/2017/659-684.

CALDUCH, Rafael. *Métodos y técnicas de investigación internacional.* Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1998. Versión revisada y actualizada 2014.

DELKÁDER-PALACIOS, Augusto. *Securitización y condicionalidad migratoria en la ayuda oficial al desarrollo de la Unión Europea.* Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo. Vol 8. Nº 2, 2019: 172-201.

DE TORO, Isaac. *La solución europea a la crisis migratoria: "análisis de los mecanismos de prevención y gestión de crisis migratorias".* Revista de Derecho UNED, Núm 25, 2019: 745-774.

FERRERO-TURRIÓN, Ruth. *Europa sin rumbo. El fracaso de la UE en la gestión de la crisis de refugiados.* Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos. Nº 21, 2016: 159-176.

GARCÉS-MASCAREÑAS, Blanca. *Por qué Dublín "no funciona".* Notes Internacioals CIDOB. 135, Noviembre 2015.

GARZA, Ario. *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de Ciencias Sociales.* Colegio de México, Sexta Edición, México, 1996.

GOIG, Juan Manuel. *La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los tratados de Roma (o la historia de un fracaso).* Revista de Derecho de la Unión Europea, Nº 32, enero-junio 2017: 71-111.

GONZALVO, Vicente. *La responsabilidad de proteger y la crisis humanitaria en Libia.* Revista Española de Relaciones Internacionales. Número 8, 2016: 145-174.

HERNÁNDEZ, David. *La política exterior de Arabia Saudí en Oriente Medio tras la primavera árabe. Objetivos y estrategias regionales (2011-2016).* Universidad Complutense de Madrid, 2019.

NARANJO, Gloria Elena. *Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratórias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores em la frontera España-Marruecos.* Revista Estudios Políticos. Núm 45, julio-diciembre 2014: 13-32.

OCHMAN, Marta. *La crisis de Ucrania: un desafío a la política exterior europea.* La Crisis de la Unión Europea. Cuadernos de la Cátedra Humboldt de El Colegio de México, 2015: 53-66.

OLESTI, Andreu. *El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea.* Revista d'estudis autonòmics i federals. Núm. 15, abril 2012: 44-84.

PUIG, Oriol. *El Sahel: la otra frontera de Europa.* CIDOB notes internacionals. Marzo 2020.

REA, Andrea. *La europeización de la política migratoria y la transformación de la otredad.* REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. Nº 116, 2006: 157-184.

ROMERA, Antonio Javier. *La acción de la Unión Europea en el Magreb y el Sahel.* Cuadernos de estrategia. Nº 184, 2017: 147-226.

RUIZ-GIMÉNEZ, Itziar. *El naufrágio de Europa: reflexiones feministas em torno a la crisis de las políticas migratorias y de asilo.* Revista Europea de Derechos Fundamentales. Primer semestre 2017: 29: 143-164.

SANAHUJA, José Antonio. *Las cuatro crisis de la Unión Europea.* Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales. Anuario 2012-2013. Ceipaz: 51-84.

SANTOS, Juan. *La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas. ¿Hacia una centralización en la gestión de las fronteras?* Revista de Derecho Comunitario Europeo. Año 22, Nº 59, 2018: 143-186.

TORRES, Ricardo. *Insurgencia jihadista en el Sahel: el caso de Malí.* Cuadernos de Política Exterior Argentina (Nueva Época), 130, dic 2019: 97-101.

EL PACTO EUROPEO PARA LA MIGRACIÓN Y EL ASILO: énfasis en la cooperación con terceros Estados

Elsa Fernando Gonzalo
Universidad de Salamanca, Personal investigador
Salamanca, España
elsafergon@usal.es

Resumen: La migración y el control de fronteras son una de las prioridades de la nueva Comisión Europea. Recientemente se publicó el nuevo Pacto para la Migración y el Asilo donde se recogen diversas propuestas legislativas, así como textos no vinculantes. Uno de los pilares de esta estrategia gira en torno al fomento de la cooperación con terceros países, ya sean países de origen o tránsito de migrantes. Esta cooperación se centra sobre todo en mejorar las ratios de retorno y readmisión. La Unión Europea es competente para concluir acuerdos de readmisión con terceros Estados, sin embargo, los resultados en cuanto a readmisiones efectivas han sido dispares. Se identifican dos dinámicas en la dimensión exterior de la política migratoria. Por un lado, un proceso de informalización en este tipo de acuerdos, que se desvían del proceso establecido a tal fin en los Tratados, y por otro una clara condicionalidad migratoria en el resto de las políticas de la UE, especialmente en la política al desarrollo. Ambos no pasan desapercibidos en las propuestas recogidas en el nuevo Pacto. Se analizará de manera general como el nuevo Pacto es continuista con estas dinámicas, como ha evolucionado la competencia migratoria, y cuáles son los principales reflejos en la práctica de estas dinámicas.

Palabras-clave: política migratoria, externalización, cooperación, readmisión

Abstract: Migration and border control are one of the priorities of the new European Commission. The Pact on Migration and Asylum was recently published and contains various legislative proposals as well as non-binding ones. One of the pillars of this strategy is the promotion of cooperation with third countries, whether they are countries of origin or transit of migrants. This cooperation focuses on improving return and readmission ratios. The European Union is competent to conclude readmission agreements with third countries, however, the results in terms of actual readmissions have been mixed. Relations with third countries are encompassed in a broad label called external dimension. Two dynamics can be identified in the external dimension of migration policy. On the one hand, a process of informalization in this type of agreements, which deviates from the process established for this purpose in the Treaties. On the other hand, a clear migratory conditionality approach to the rest of EU policies, especially in development policy. These dynamics are also reflected in the Pact.

The following is an analysis of which of these dynamics can be observed in the past actions, the Pact and how the EU's competence on migration has evolved.

Key-Words: Migration, conditionality, cooperation, Pact Migration

INTRODUCCIÓN

La migración y el control de fronteras son parte de las prioridades de la nueva Comisión Europea. Recientemente se publicó el nuevo Pacto para la Migración y el Asilo donde se recogen diversas propuestas legislativas, así como textos no vinculantes. Uno de los pilares de esta estrategia gira en torno al fomento de la cooperación con terceros países, ya sean países de origen o tránsito de migrantes. Sin embargo, es necesario contextualizar la evolución a lo largo de los años que ha tenido este tema dentro de las políticas y programas de la Unión Europea (UE en adelante). La llamada dimensión exterior de la política de inmigración de la UE ha cobrado especial relevancia tras la crisis de los refugiados de 2015, pero lleva siendo un factor a tener en cuenta desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999. De manera general esta puede entenderse como la apertura de las políticas de gestión de los flujos migratorios más allá de la frontera física. Se busca implementar políticas en las relaciones con la vecindad o terceros Estados en aras de los objetivos migratorios. Esta dimensión exterior se entiende en contraposición con la dimensión interior. Si en política migratoria medidas de carácter interior sería aquellas dedicadas a la integración de los nacionales de terceros Estados, o la unificación de los sistemas nacionales de asilo, medidas exteriores serán los acuerdos cerrados con terceros Estados para la readmisión de los nacionales, acuerdos para la cooperación y al migración legal o programas u estrategias conjuntas para la mejor gestión de los flujos hacia el continente. Aunque la literatura, los encuentros y los acuerdos son numerosos en los últimos 20 años, la efectividad de las medidas es desigual en función del país socio analizado.

En esta dimensión exterior se detectan dos fenómenos muy relevantes desde el punto de vista jurídico. Un fenómeno más antiguo, revitalizado ahora por la alta presión en ciertas fronteras comunes como pueda ser Grecia, Italia o España, es el de la condicionalidad. De manera general la UE condiciona la entrega de fondos o la consecución de acuerdos de otra índole, por ejemplo, comercial, a sus aspiraciones en materia migratoria. Este fenómeno ya es de por si complejo, sin embargo, ha de sumarse a otro proceso paralelo que afecta especialmente a la readmisión. Se trata de la informalización de los acuerdos. Esta dinámica hace

referencia al abandono o la opción elegida por ambas partes en negociación, del procedimiento reglado para la consecución de acuerdos. Normalmente se basa en la situación de emergencia o la necesidad de cerrar acuerdos efectivos y rápidos en la materia, pero obviar de manera flagrante el *iter* jurídico puede acarrear mayores problemas que no cerrar ningún acuerdo.

Ambas dinámicas parecen mantenerse en el nuevo Pacto de Migración y Asilo presentado por la UE, de hecho, la condicionalidad incluso se dota, al menos en lo que respecta a las propuestas, de un procedimiento para analizar el nivel de cooperación de los Estados terceros en la materia. Los elementos informales, aunque no son mencionados directamente, si se introducen como vías rápidas para dar solución al problema migratorio.

Se pretende a continuación enmarcar la política migratoria dentro del marco competencia y de actuación de la UE, la evolución de acciones y dinámicas que han promovido estos dos procesos descritos y concluir que la nueva propuesta, no viene si no a fortalecerlos, reafirmando la idea de la migración como un problema de seguridad que ha de ser mantenido lo más lejos posible del territorio europeo y dejado en manos de los Estados de origen y destino. Para ello se utilizará un método analítico descriptivo en los elementos ya implantados y se expondrá las principales novedades del Pacto desde el prisma de la externalización.

1. La UE ante la inmigración; avances y estrategias

La política de migración de la UE se ha caracterizado a lo largo de su historia por la combinación de un nivel bajo de armonización a nivel legislativo, un sistema de control de esta también bajo, un principio de solidaridad poco respetado y una ausencia de instituciones sólidas. Aunque actualmente el análisis se centre en el nuevo Pacto para la Migración y el Asilo y sus diversas propuestas legislativas y no vinculantes(COMISIÓN EUROPEA, 2020b), debe contextualizarse el desarrollo de esta política, tanto dentro del marco competencial especial que ostenta la UE como organización internacional de integración, como en relación con otras políticas que también desarrolla esta.

Siempre teniendo en cuenta la salvaguarda de la soberanía nacional y la competencia última que los Estados tienen en esta materia, a nivel supranacional europeo debe señalarse como punto de inflexión el Tratado de Ámsterdam en el ámbito de la UE y el empuje que a este otorga el Acuerdo Schengen firmado en 1985 y en vigor desde 1995 por el que se establece un espacio común en gran parte

del continente europeo donde se aplican normas comunes para controlar las fronteras, en materia de visados y de cooperación policial y penal . El Tratado de Ámsterdam supone el paso de la mera cooperación a nivel intergubernamental, a la conversión de la política migratoria en una competencia comunitaria específica. Desde 1999, año en el que entra en vigor dicho Tratado se ha buscado establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. La siguiente reforma de los Tratados de la UE producida por el Tratado de Niza no supuso grandes cambios en materia migratoria y se redujo a cuestiones organizativas relativas a la composición de la Comisión y el sistema de voto en el Consejo. El Tratado de Lisboa es sin duda un punto de inflexión en la política migratoria común por parte de la UE. Ahora sí se pretende dar contenido al ELSJ y se introducen objetivos más ambiciosos. El artículo 3.2 del Tratado de la UE establece que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo e inmigración. Esta intención se desarrolla de manera específica en el Tratado de Funcionamiento de la UE en su artículo 79, donde se formula el mandato político para que la Unión desarrolle una política común de inmigración acompañado de una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo para los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y del tráfico de seres humanos. El mismo artículo señala en su segunda parte que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas contra "la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de los residentes en situación ilegal".

Es en este marco competencial la UE ha ido desarrollando una política migratoria tanto en su vertiente interior (principalmente en materia de integración, asilo y cooperación judicial civil y penal) como exterior (control de frontera, establecimiento de visados comunes, lucha contra la trata y el tráfico ilegal de personas, cooperación con terceros Estados en materia de readmisión y retorno). Realizamos a continuación un breve análisis de la competencia en materia de readmisión.

El Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, otorga a la Unión una competencia externa explícita en materia de inmigración ilegal. El artículo 79 en su apartado 3 otorga a la UE la capacidad de cerrar acuerdos internacionales con terceros países para la readmisión de sus nacionales que no cumplen con los requisitos de entrada o estancia en el territorio de la UE. Siguiendo

la doctrina AETR, la competencia externa de la Unión resulta de su competencia interna. Así, la Unión dispone de una competencia externa para todas las cuestiones que abarca su competencia migratoria en el ámbito interno. Por consiguiente, la concesión de una competencia externa explícita para la celebración de los acuerdos de readmisión fue un acto con más significado político que jurídico. Ya que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión había celebrado ya acuerdos bilaterales de readmisión sobre la base de una competencia externa implícita. No obstante, la competencia de la Unión en materia ELSJ es una competencia compartida, y a falta de mención específica en el artículo 79, apartado 3, del TFUE, su competencia para celebrar acuerdos de readmisión también es compartida. Esto significa que no se excluye la celebración de acuerdos de readmisión estatales. No obstante, según el artículo 216, apartado 1, del TFUE, la Unión puede celebrar un acuerdo internacional cuando así lo prevean los Tratados. Por consiguiente, la Unión puede ejercer su competencia para celebrar un acuerdo de readmisión con independencia de los Estados miembros.

En conclusión, sobre el aspecto competencial concreto puede afirmarse que la competencia migratoria se ha ido ampliando tanto por la acción implícita de expansión en base a la doctrina AETR como por la concesión expresa de la capacidad de cerrar acuerdos propios tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sin embargo, la cooperación de la UE con terceros países, es decir la promoción de su dimensión exterior, no solo se ha producido mediante acuerdos de readmisión, que no son más que uno de los instrumentos del amplio catálogo de medidas adoptadas para conseguir el objetivo de una migración gestionada, legal y ordenada hacia la UE.

Sin embargo, la política migratoria además de atestiguar su propio desarrollo competencial, se ha ido engarzando con otras políticas de la UE (principalmente desarrollo y vecindad) de manera paralela al avance sustancial de los Tratados. Sirva de ejemplo como la cooperación con terceros países en temas migratorios constituye un capítulo de los Acuerdos de Asociación o Cooperación celebrados por la Unión y sus Estados miembros en el marco de la política de cooperación al desarrollo o de la política de vecindad. La vertiente exterior, que ahora se busca promocionar a través de una mayor condicionalidad, es una tendencia ya observada en el avance de las actuaciones de la UE a través de los años posteriores. La vertiente exterior, materializada como la cooperación de terceros países, es una condición *sine qua non* para los miembros de la UE ya que más allá de las políticas de disuasión la llegada, esta es importante por la necesidad

de devolver a inmigrantes ilegales ya presentes en el territorio o a las personas cuya solicitud de asilo ha sido denegada. Sin su dimensión exterior, la política de asilo y migración como parte del ELSJ enfrentaría una presión más alta en sus fronteras, que se han demostrado más porosas de lo inicialmente planteado, y menos posibilidades de devolver a los nacionales de terceros países en situación irregular(MONAR, 2012, p. 17).

2. Las diferentes orientaciones políticas

El marco político estratégico también ha sido modulado por las condiciones a través de los años. En un primer momento, de manera paralela al avance competencial, se partía de la idea de dimensión exterior de la política propiamente migratoria, más tarde con mayores competencias mayores ámbitos de actuación se observa más una política exterior general imbuida de cuestiones migratorias. Esta evolución se refleja en los marcos políticos; los documentos estratégicos de referencia han ido evolucionando e incluyendo las dinámicas de condicionalidad de informalización de manera más clara. Un análisis de los documentos políticos de la UE sugiere que existe un claro consenso en el sentido de abordar la gestión de flujos migratorios a la UE mediante la cooperación con países no pertenecientes a la UE. Esa cooperación debe ser promovida de diversas maneras; vinculando la firma de acuerdos de readmisión a acuerdos de facilitación de visas, condicionando la migración legal a la lucha contra l inmigración irregular, o estableciendo mecanismos o partidas financieras en virtud del grado de cooperación.

En un primer momento, se aprobó en 2005 el llamado Enfoque Global para la Migración (GAM por sus siglas en inglés), dónde se instaba a los Estados a promover un enfoque integral hacia la migración que beneficiara a todos, promover los aspectos positivos de la migración y crear canales de migración legal hacia Europa. En este marco optimista se lanzaron las propuestas denominadas *Migration Partnerships*. A la estrategia del GAM, centrado en migración, se añadió más tarde la movilidad, en una reformulación del Enfoque que derivó en el Enfoque Global para la Migración y la Movilidad (GAMM). El GAMM condujo a la creación de una serie de Asociaciones bilaterales de movilidad muy aclamadas con terceros países clave. Por un lado, estas asociaciones representaron un paso adelante en la participación de los países de origen y tránsito. En base al dialogo se tendría en cuenta las necesidades y objetivos de los Estados de origen y se colaboraría en la gestión de los flujos. Por contra la experiencia de la última década

ha puesto de relieve los desafíos persistentes: un profundo desajuste entre las aspiraciones de la UE y de terceros países; la dificultad de establecer objetivos coherentes, concretos y alcanzables; y la siempre presente cuestión de la asignación de recursos (COLLETT & AHAD, 2017, p. 3). Estos acuerdos, llamados Asociación para la Movilidad (*mobility partnerhsips)* sugeridas por primera vez por la Comisión Europea en 2007, buscaban, en colaboración con los terceros Estados, desarrollar canales que proporcionen oportunidades legales de migración y disminuir a su vez las migraciones irregulares. Estas asociaciones se presentaban como instrumento flexible y no vinculantes adecuados a las características de cada Estado. Se concluyeron este tipo de declaraciones conjuntas con Cabo Verde, Moldavia, Armenia o Túnez. La condicionalidad se incorporaba en la idea original de estas Asociaciones, ofreciendo posibles oportunidades de migración legal a cambio de la lucha contra la migración irregular, en un claro enfoque *sticks and carrots*. Sin embargo, las evaluaciones de las asociaciones de movilidad ponen de manifiesto que la condicionalidad ofrecida y las vías de migración legal han sido insuficientes y poco eficaces de manera contraria a lo que esperaba la UE en un principio (RESLOW, 2012).

No todos los esfuerzos de cooperación han sido en vano, por ejemplo, la liberalización de visas vinculadas a los acuerdos de readmisión es señalada como un aspecto positivo en relación con los países del Este europeo. Por su parte, algunos países asociados consideran que sus propios intereses no se ven del todo reflejados, echando en falta por ejemplo el acceso a más oportunidades de migración legal o más iniciativas en migración y el desarrollo (EUROPEAN COMMISSION, 2014). En este sentido la UE está restringida como actor negociador ya que los Estados Miembros retienen la competencia en lo que respecta a las cuotas de admisión y oportunidades de migración legal. Esto genera que el potencial negociador de la Comisión sea limitado; la UE no puede obligar a los países asociados a actuar plenamente como desee, por ejemplo, en lo que respecta a la readmisión de ciudadanos de terceros países. La relación es de interdependencia asimétrica, donde el lado de la UE es el más poderoso que en la mayoría de casos oferta contribuciones financieras a cambio de colaboración en la readmisión, en lugar de oportunidades para la migración y la movilidad de la mano de obra, que es el principal interés de los países asociados.

A partir de 2015, la perspectiva se vuelve claramente hacia la seguridad para lidiar con la llamada crisis de los refugiados y frenar el problema de la migración irregular. El documento estratégico rector pasa a ser a partir de este

momento la Agenda Europea de Migración(COMISIÓN EUROPEA, 2015). Se pone especial énfasis es la dimensión exterior de la política migratoria de la UE y el refuerzo en la cooperación con países de origen y tránsito. Esta suerte de externalización o subcontrata de la política migratoria se lleva a cabo en un contexto complejo de diversos actores e interacciones. Desde instrumentos transnacionales, acuerdos interestatales y diversas líneas de financiación se intentan conseguir unos objetivos tan variados como el control de fronteras, la lucha contra la inmigración irregular, el desarrollo y el fomento de la migración legal. En aras del objetivo "reducir y tratar las causas profundas de la migración", un objetivo y trabajo a largo plazo, las medidas a corto plazo de reducción de inmigración irregular o control de fronteras se están incrementando en especial en África y en especial también desde la adopción de la Agenda Europea. Esta especie de retórica alimenta la perspectiva de seguridad (en base a objetivos a largo plazo, aplicó urgencia en el corto plazo) El objetivo es prevenir que la gente migre, o en caso contrario facilitar su retorno o su reintegración.

El instrumento por excelencia en este ámbito es el tan denostado Acuerdo (aprobado en forma de Declaración) UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 (CONSEJO EUROPEO, 2016). Este acuerdo, de cuestionada subjetividad europea o estatal, se trata de un acuerdo no vinculante en términos estrictos, luego informal, que aplica técnicas de condicionalidad para la cooperación con Turquía. La autoría del mismo fue discutida ante el Tribunal de Justicia de la UE que determinó que no se trataba de un acto jurídico realizado por las instituciones europeas si no por los propios Estados miembros a título personal con Turquía (TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA, 2017). En términos muy simples se condiciona la entrega de fondos y apoyo técnico a Turquía en función de su nivel de cooperación en el retorno a territorio turco de las personas interceptadas en la zona fronteriza con Grecia y se aportan fondos también para robustecer su propio sistema de asilo.

En base a los aciertos y fallos de los diálogos y las Asociaciones de movilidad, la UE sustituyó el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad por el Marco de colaboración en materia de migración en 2016 (*Migration Partnership Framework*). Principalmente fue una decisión política como reacción a la crisis de migrantes de 2015 que desencadenó un cambio hacia la asignación de más fondos a las causas fundamentales de la migración. La cooperación, a raíz de este instrumento, se desarrollaría a través de las asociaciones de movilidad y también en virtud de *compacts*. Otros instrumentos que también derivaron de este nuevo

enfoque fueron las Agendas Comunes, Declaraciones Conjuntas, Planes de Acción y demás instrumentos no vinculantes de cooperación migratoria con terceros Estados.

3. De la Agenda de Migración al Pacto para la Migración

La prioridad externa tras la crisis migratoria descansaba entre otras, en la prioridad de mejorar las tasas de retorno y readmisión, que se consideran demasiado bajas en comparación con las órdenes de expulsión que se emiten. La readmisión ya era una prioridad dentro de las políticas de la Unión que se enfrentaba a varios dilemas a la hora de cerrar un acuerdo con un tercer Estado en materia de readmisión. Por un lado, la falta de cooperación o la reticencia a firmar este tipo de acuerdos para aceptar a sus nacionales, y por otro la falta de realización práctica o efectiva de estos una vez acordados. Sin embargo 2015 es el punto de inflexión para el impulso de otro tipo de revulsivo a la hora de acelerar estos procesos. A través de instrumentos políticos como las Agendas Comunes o las declaraciones conjuntas con terceros Estados, englobados en la directriz política del *Migration Partnership Framework*, se ha buscado y se busca la cooperación más efectiva de terceros Estados en materia de readmisión. Sin embargo, estos nuevos instrumentos comparten con los anteriores varias cuestiones, desde su naturaleza misma, a su proceso de adopción e implementación o su efectividad en la consecución de los objetivos para los que fueron propuestos. Recordemos una vez más que los acuerdos informales, arreglos en materia de readmisión son instrumentos que no podrían calificarse formalmente como acuerdos de readmisión suscritos por la UE.

Varios *compact* se acordaron con terceros países, siendo los más relevantes los alcanzados con Jordania y Líbano. Los *compacts* son definidos por la propio Unión como componentes clave de las relaciones generales entre la UE y los terceros países de origen y tránsito de inmigrantes demostrando claramente la interrelación y condicionalidad migratoria entre políticas hacia terceros Estados. En materia de readmisión, el modelo de cooperación de la UE con terceros países también sufrió modificaciones tras la crisis de 2015. Si bien la UE todavía está tratando de concluir acuerdos formales de readmisión, parece poco probable que estas negociaciones den resultados rápidos. Consciente de las dificultades, la Comisión declaró explícitamente que es de "máxima prioridad lograr retornos rápidos y operativos, y no necesariamente un acuerdo formal de readmisión". El giro hacia instrumentos más flexibles fuera de lo estrictos cauces legales se ve

claramente en los documentos oficiales de la UE, donde se habla cada vez más de "compromisos de readmisión" o simplemente de "arreglos" en el ámbito del retorno (WOLF, 2020, p.2). Un ejemplo de este tipo de acuerdos para readmisión fuera de los cauces estandarizados, sería el *Joint Way Forward* con Afganistán que , aunque no pretende crear obligaciones o derechos bajo el derecho internacional, sí establece compromisos mutuos para manejar la inmigración que son prácticamente similares a los recogidos en los acuerdos internacionales de readmisión(SANTOS VARA, 2019, p.22).

Para promover la cooperación de los países de destino, se han ido aumentando progresivamente las partidas presupuestarias que vinculan la migración con otras áreas. Especial mención merece el Fondo Fiduciario de Emergencia para África (EUTF en adelante), establecido tras la Cumbre de la Valeta celebrada entre los líderes africanos y europeos. Este Fondo se estableció para luchar contra las causas profundas de la inmigración y frenar a la inmigración irregular, pero recibiendo la mayoría de fondos de instrumento de ayuda al desarrollo, debe estar sujeto a ciertas limitaciones(BARTELS, 2019). Si bien es cierto que los proyectos que se financian están muy diversificados distintos estudios señalan que las mayores partidas presupuestarias se destinan a los países que más cooperan en materia migratorio o aquellos que más preocupan, y se deja a un lado el fin de ultimo de la ayuda al desarrollo, erradicar la pobreza(KIPP, 2018)(CASTILLEJO, 2016).

Informalización y condicionalidad son dos del proceso ampliamente atestiguado hoy en día en las relaciones exteriores de la UE en materia migratoria.

4. Condicionalidad e informalización

Aunque ya se han mencionado en las líneas anteriores conviene explicar en un ítem especial, que dinámica siguen ambos procesos, condicionalidad e informalización, e igualmente señalar sus principales críticas.

La condicionalidad es entendida como una dinámica que busca influir el comportamiento de un sujeto, en este caso los Estados emisores de migrantes o los Estados que entran en negociaciones con la EU. sirva como ejemplo la condicionalidad impuesta a los países vecinos en los procesos de adhesión, donde deben cumplirse una serie de requisitos democráticos, de protección de derechos humanos, fiscales y sociales para incorporarse a la UE. Las condicionalidades pueden ser divididas entre positivas y negativas, aunque la distinción no es

definitiva ya que se entrelazan en las relaciones externas. Por un lado, un enfoque *more for more* beneficia a aquellos que más cooperan a través de fondos de desarrollo, liberalización de visados o acuerdos comerciales. En el enfoque contrario *less for less* se sanciona, retira fondos o se penaliza a aquellos Estados que cooperan menos.

La condicionalidad en materia migratoria se ha ido incrementado a lo largo de los últimos 20 años como hemos desarrollado en líneas anteriores. Sin embargo, ejemplos como los Acuerdos de movilidad o las cláusulas de readmisión, se han mostrado solo efectivas o con una amplia ratio de implantación con los países vecinos, no teniendo gran éxito en países más alejados incluidos los de la frontera sur Marruecos y Túnez(GARCIA ANDRADE, 2015). Tras la crisis migratoria de 2015 en el marco del llamado marco de Asociación sobre migración se promovió, hacia los países africanos un enfoque *more for more*, se ofrecía facilitación en los visados a cambio de cooperación en readmisión, que sería financiada con mayores partidas de la ayuda al desarrollo, canalizadas a través del EUTF anteriormente mencionado. La práctica demuestra que, ante el aumento de fondos disponibles, por ejemplo, para países como Mali, Nigeria o Senegal, se concluyeron acuerdos informales de readmisión. sin embargo, las ratios de retorno efectivo de nacionales de estos países no se vieron incrementadas notablemente. La combinación de incentivos positivos y negativos también arroja resultados como por ejemplo el incremento en la tasa de retorno de Afganistán, ante la paralización en la entrega de fondos. Sin embargo, en este caso concreto han de tenerse en cuenta otros factores como la alta dependencia financiera de esta fuente que agrava el país. Hecho que no sucede por ejemplo en el caso de Nigeria, con quien la cooperación en estos términos es más estéril.

Otro tipo de condicionalidad negativa es la que incluye medidas de restricción de visados tanto para aquellos Estados a los que previamente se había dado un régimen más favorable como aquellos a los que se busca presionar para mejorar las ratios de readmisión. Es el caso de Bangladesh y Costa de Marfil que concluyeron acuerdos informales de readmisión en 2017 Y 2018 para buscar relajación en las medidas restrictivas, que sin embargo no han mejorado las tasas de retorno(KIPP, KNAPP AND MEIER, 2020).

Esta dinámica condicionante ha recibido numerosas críticas. Se ha afirmado que la condicionalidad en lugar de crear una relación de confianza entre la UE y terceros países, convierte a la ayuda al desarrollo en un objeto de posible manipulación por parte del donante y el receptor. Esta instrumentalización de la ayuda el desarrollo genera que cada vez más gobiernos fuera de la UE usen la

migración como palanca política en sus relaciones con Europa. También se ha afirmado que introducir la condicionalidad vinculada a la readmisión, reduce la credibilidad global de la UE como actor internacional y reduce también su capacidad para hacer cumplir las normas internacionales sobre derechos humanos, igualdad de género e incluso sus objetivos climáticos(ECRE, 2020). Conviene no olvidar que la ayuda al desarrollo tiene su propio régimen jurídico dentro de la UE y dentro de los propios países. En todo caso esta ha de servir al interés último, que es erradicar la pobreza, estar sujeta a férreos controles y no duplicarse entre los diferentes entes que participan. La mención al control o rendición de cuentas que la ayuda al desarrollo debe seguir, sirve de nexo de unión para introducir la otra dinámica objeto de estudio, la informalización. La informalización también se ha observado en este aspecto, al utilizarse instrumentos extrapresupuestarios de emergencia para financiar acciones en materia migratoria por la vía del desarrollo. Sirva de ejemplo nuevamente el EUTF, duramente criticado, tanto por las ONG´s (CONCORD, 2018), como por el propio órgano auditor dentro de la UE (TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, 2018).

El proceso de informalización afecta a dos grandes áreas, la readmisión y los fondos para el desarrollo. Debe entenderse informalización como el desvío de los cauces establecidos para la conclusión de cierto tipo de acuerdos, el recurso a actos de *soft law* en especial en el ámbito de la readmisión, o el uso de métodos más creativos para alcanzar acuerdos con terceros países en materia de inmigración. En materia de fondos, informalización se referirá al uso o creación de mecanismos extrapresupuestario o creados a tal efecto para financiar proyectos con fin migratorio.

A favor de estas vías informales, se argumenta que son más flexible y rápidas a la hora de alcanzar acuerdos y acercar posturas entre Estados con interés muy diferente. Con esta lógica se cierran por ejemplo documentos como la Declaración UE-Turquía en 2016, EU-Bangladesh *Standard Operating Procedures* en 2017 o *EU-Ethiopia Admission Procedures*. Sin embargo, la realidad es que estos acuerdos son análogos, en su contenido, a los acuerdos de readmisión vinculantes. El recurso a cauces informales, no supone un plus o incentivo que no se pueda conseguir con las vías procedimentales; no aporta un rol complementario en el campo de la readmisión. Más bien, presenta como su principal ventaja el eludir estratégicamente las limitaciones sustantivas y procedimentales del sistema legal de la UE (MOLINARI, 2020). En materia de readmisión, el proceso reglado para cerrar un acuerdo internacional con un tercer Estado por parte de la UE se

encuentra en el artículo 216 del TFUE. Esta fue la vía seguida con países como Bielorrusia, Cabo Verde o Turquía entre otros. La presión migratoria y la gestión de crisis hicieron que la necesidad de alcanzar acuerdos de readmisión con países emisores de migrantes, se hiciera cada vez más acuciante en las instituciones de la UE. Así se empezaron a asumir documentos con claro contenido de readmisión elaborados en la forma de acuerdos no vinculantes, declaraciones, estándares de operación, declaraciones conjuntas y un sinfín de denominaciones. Esto arreglos, aglutinados en la etiqueta de *soft law* suponen un riesgo para el sistema legal y jurídico propio de la UE.

Si bien es cierto que la jurisprudencia es escasa en este tipo de actos, sí es relevante mencionar la afectación que estas prácticas tienen en el principio de equilibrio institucional de la UE, ya que en la mayoría de casos el Parlamento Europeo se ve desplazado y no puede llevar a cabo sus funciones de control democrático, ni *ex ante* ni *ex post*. Igualmente tratándose de actos no vinculantes, su posible enjuiciabilidad se complica en términos prácticos. La calificación de estos acuerdos como no vinculantes excluye el escrutinio directo por parte del TJUE en virtud del art. 263 TFUE, porque este último se limita a actos destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

La otra vertiente de la informalización, el recurso a instrumento extrapresupuestarios, se hace latente con la creación de EUTF en 2015, pero ya se había utilizado previamente para otras crisis. Este Fondo, que financia varias de las acciones en materia migratoria promovidas por la UE, recibe la mayor parte de sus partidas presupuestarias del Fondo Europeo de Desarrollo, elemento que hasta la fecha es extrapresupuestario y no está sujeto a tanto control como las partidas que, si se concluyen en el Marco Financiero Plurianual, donde una vez más el papel de control que ejerce el parlamento europeo se ve soslayado. precisamente no es de extrañar que el Tribunal de Cuentas haya emitido un informe especial sobre este fondo donde señala las deficiencias tanto a nivel subjetivo de varios de los proyectos, como de la duplicidad entre proyectos que ya están financiados por los organismos nacionales, luego no requerirían un mayor apoyo presupuestario de la UE si esta acción no es significativamente diferente.

5. El nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo

La Comisión Europea presentó el 23 de septiembre de 2020 el nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, un esperado acuerdo que pretende

abordar desde un enfoque integrado todos los elementos de la cuestión migratoria y armonizar la legislación existente. Estas orientaciones políticas buscan un enfoque integral hacia la inmigración. En lo relativo a dimensión exterior la UE procurará en base al Pacto, fomentar asociaciones a medida y que sean mutuamente beneficiosas con los terceros países. El objetivo es abordar retos comunes como el tráfico de migrantes, desarrollar vías legales y aplicar de manera efectiva los acuerdos y mecanismos de readmisión. La UE y sus Estados miembros actuarán con unidad utilizando una amplia gama de herramientas para apoyar la cooperación con terceros países en materia de readmisión(COMISIÓN EUROPEA, 2020, p.19). La Comunicación incluye diversas propuestas legislativas y no legislativas. Además del Reglamento de Gestión Migratoria y de Asilo, que es quizá para este breve análisis el texto que más nos interesa, se incluyen propuestas como el Reglamento para situaciones de crisis y fuerza mayor, o el Reglamento para los procedimientos de cribado (*pre-screening*). En el Pacto propuesto puede identificarse claramente una continuidad con las prácticas analizadas. De hecho, los términos literales para medidas que intensifiquen la cooperación en materia de retorno, readmisión y reintegración hacen referencia a la aplicación de forma efectiva los acuerdos de readmisión vigentes y la posibilidad de explorar opciones, sin definir a qué se refiere con otras opciones de readmisión. Igualmente se señala como otra medida a llevar a cabo la movilización de distintas políticas para incentivar y mejorar la cooperación en materia de retorno y readmisión(COMISIÓN EUROPEA, 2020a), en un claro ejercicio de ampliación de la materia migratoria a otras áreas políticas con una dialéctica que presumiblemente seguirá el cauce de la condicionalidad .

Analizando el proceso de informalización se intuye que la búsqueda de otras opciones en materia de readmisión hace clara referencia a vías informales para conseguir los mismos objetivos. se señala la necesidad de seguir promocionando acuerdos de readmisión, así como soluciones prácticas de cooperación para aumentar el número de retornos efectivos. Sin definirse que se entenderá con prácticas de cooperación que aumenten la readmisión. Continua el Pacto afirmando que estos debates deben considerarse en el contexto de la gama completa de políticas, herramientas e instrumentos de la UE, que pueden reunirse de forma estratégica. El propio texto del Pacto señala como ejemplo para alcanzar el objetivo de movilizar las políticas e instrumentos pertinentes, el mecanismo de suspensión de visados, establecido en el Código de Visados Schengen en 2018. Este mecanismo vincula/condiciona readmisión y visados prevé la evaluación sistemática de los países exentos de la obligación de visado en función de criterios

como el riesgo de migración irregular y las solicitudes de asilo abusivas(GUILD, 2020). Lo novedoso radica en que esta condicionalidad ya institucionalidad para el ámbito de los visados, se propone ahora de modo general a través del artículo 7 del propuesto Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración. Este mecanismo incluye la posibilidad de que la Comisión, al informar al Consejo sobre la situación de la cooperación en materia de readmisión, pueda determinar nuevas medidas eficaces para incentivar y mejorar la cooperación para facilitar el retorno y la readmisión, también en otros ámbitos políticos de interés para los terceros países(GARCIA ANDRADE, 2020) . Es decir, no ya solo se condiciona la política de visados, si no que se ofrece un amplio abanico a la Comisión para elegir que política relacionar con la cooperación migratoria. Cuando la Comisión considere que un tercer país no está cooperando suficientemente en la readmisión de nacionales, o de nacionales de terceros países en situación irregular, deberá presentar un informe al Consejo que incluya, en su caso, la identificación de las medidas que podrían adoptarse para mejorar la cooperación de ese tercer país, teniendo en cuenta las relaciones generales de la Unión con el tercer país. Nótese que se añade a la cooperación la política migratoria referida a los nacionales propios ya los nacionales de terceros Estados que hayan transitado su territorio.

En lo que respecta al uso de fondos de la acción exterior en materia migratoria, el Pacto señala que la flexibilidad es una característica para incorporar en las propuestas sobre los instrumentos, mostrando como ejemplo los fondos fiduciarios, que han permitido una rápida ejecución en caso necesario, en comparación con la financiación predeterminada para países o programas específicos. Nada hace indicar que, tras alabar la celeridad de estos fondos extraprocesales, no se vaya a optar por su fomento o mayor financiación.

CONCLUSIÓN

Sirvan las siguientes líneas a modo de conclusión. El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, es a nuestro juicio continuista con las dos dinámicas estudiadas; informalización y condicionalidad. Si bien es cierto que ambas enfocadas dentro de los parámetros del sistema legal de la UE, pueden dar lugar a soluciones más rápidas y flexibles, los peligros y problemas que plantean han sido numerosos. Su continuidad a través del Pacto, tanto como orientación política como propuesta legislativa en el caso de la condicionalidad en materia de readmisión, reafirma el interés de la UE en conseguir que la inmigración se mantenga como un tema lo más alejado posible de sus fronteras comunes. Esto se puede llevar a cabo

financiando proyectos a través de ayuda al desarrollo o sancionando a aquellos países que no cooperan lo suficiente para que no puedan enviar bajo visado a sus nacionales. En todo caso los problemas jurídicos, de enjuiciabilidad de acuerdos de *soft law* o de adecuación con los principios rectores de esas otras políticas que se condiciona a cuestiones migratorias, pueden dar a futuro lugar a casos judiciales ante el TJUE por la elección de la base jurídica.

En lo relativo al uso de fondos para financiar actuaciones en materia migratoria a través de instrumentos de desarrollo, las preocupaciones a futuro irán enfocadas en la lían que ya señalo el Tribunal de Cuentas. Los proyectos financiados a través de la UE deben tener un valor añadido, un sistema claro de *accountability* y estar alineados con los valores y principios de la UE. El papel del Parlamento Europeo ha de ser reforzado a futuro, tanto en la toma de decisiones como en los procesos de control e implementación. Si bien es cierto que los arreglos internacionales pueden desviarse del proceso formal, esto no puede llevarse a cabo a costa de las prerrogativas de control democrático y presupuestario que se deben al Parlamento Europeo.

En definitiva, un nuevo Pacto como el propuesto no puede obviar la cooperación con los países vecinos para gestionar adecuadamente los flujos migratorios y de asilo, pero debe a su vez ser consciente de sus propias limitaciones sistémicas y no caer en la trampa de la rapidez y efectividad que puede a largo plazo minar el objetivo de una migración segura ordenada y regular.

REFERENCIAS

BARTELS, I. (2019) Money against Migration The EU Emergency Trust Fund for Africa Money against Migration.

CASTILLEJO, C. (2016) The European Union Trust Fund for Africa: a glimpse of the future for EU development cooperation. 22. Bonn. Available at: http://hdl.handle.net/10419/199485www.econstor.eu (Accessed: 21 January 2021).

COLLETT, E. AHAD, A. (2017) EU Migration Partnerships: a work in Progress. Disponible en : www.migrationpolicy.org. (Consultado: 21 enero 2021).

COMISIÓN EUROPEA (2015) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones una agenda europea de migración.

COMISIÓN EUROPEA (2020a) Actuar juntos para profundizar en las asociaciones internacionales | Comisión Europea. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum/acting-together-deepen-international-partnerships_es (Consultado: 21 enero 2021).

COMISIÓN EUROPEA (2020b) Migration and Asylum Package: New Pact on Migration and Asylum documents adopted on 23 September 2020 | Comisión Europea. Disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_es (Consultado: 21 enero 2021).).

CONSEJO EUROPEO (2016) Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016, Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/ (Consultado: 21 enero 2021).

ECRE (2020) Migration Control Conditionality: a flawed model. Disponible en https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2020/01/PN_25.pdf (Consultado: 21 enero 2021).

EUROPEAN COMMISSION (2014) Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions. Report on the implementation of the Global Approach to Migration and Mobility 2012-2013 .

GARCIA ANDRADE, P. (2015) EU cooperation with third countries in the field of migration study, Citizens' rights and constitutional affairs civil liberties, justice and home affairs.

GARCIA ANDRADE, P. (2020) EU cooperation on migration with partner countries within the New Pact: new instruments for a new paradigm? – EU Immigration and Asylum Law and Policy. Disponible en http://eumigrationlawblog.eu/eu-cooperation-on-migration-with-partner-countries-within-the-new-pact-new-instruments-for-a-new-paradigm/ (Consultado: 21 enero 2021).

DE GUERRY, O. ET AL. (2018) ¿Asociación o condicionalidad? Supervisión de los pactos sobre Migración y el Fondo Fiduciario de la UE para África. Disponible en http://www.cininet.org/ (Consultado: 14 enero 2021

GUILD, E. (2020) Negotiating with Third Countries under the New Pact: Carrots and Sticks? – EU Immigration and Asylum Law and Policy. Disponible en http://eumigrationlawblog.eu/negotiating-with-third-countries-under-the-new-pact-carrots-and-sticks/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=negotiating-

with-third-countries-under-the-new-pact-carrots-and-sticks (Consultado: 14 enero 2021).

KIPP, D. (2018) From exception to rule: the EU Trust Fund for Africa Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with: Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP). Berlin. Disponible en www.ssoar.info (Consultado: 14 enero 2021).

KIPP, D., KNAPP, N. AND MEIER, A. (2020) Negative Sanctions and the EU's External Migration Policy. "Less for Less" Not Fit for Purpose.

MOLINARI, C. (no date) Parallel Paths that Need to Cross? Disponible en https://verfassungsblog.de/parallel-paths-that-need-to-cross/(Consultado: 14 enero 2021).

MONAR, J. (2012) The External Dimension of the EU´s Area of Freedom, Security and Justice. Disponible en: www.sieps.se (Consultado: 14 enero 2021)

RESLOW, N. (2012) 'The Role of Third Countries in EU Migration Policy: The Mobility Partnerships', European Journal of Migration and Law, 14(4), pp. 393–415.

SANTOS VARA, J. (2019) 'Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU', en CARRERA S., SANTOS VARA, J. STRIK T., (ed.) *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, pp. 21–38.

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO (2018) Informe Especial Fondo Fiduciario de Emergencia de la Unión Europea para África: flexible, pero insuficientemente enfocado.

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2017) 'Comunicado de prensa nº 19/17 Luxemburgo, 28 de febrero de 2017 Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM / Consejo Europeo'. Disponible en https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019es.pdf (Consultado: 14 enero 2021).

WOLF, A. (2020) Soft Law in EU Migration Cooperation with Associated Countries-A Comparative Perspective Anna Wolf Soft Law in EU Migration Cooperation with Associated Countries-A Comparative Perspective, Global Europe – Basel Papers on Europe in a Global Perspective. doi: 10.24437/GLOBAL_EUROPE.V0I119.193.

LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES: un verdadero desafío para España

Siham Zebda
Universidad de Cádiz
Profesora Sustituta Interina, Jerez de la Frontera, España
siham.zebda@uca.es

Resumen: España no se enfrenta solo al reto de la gestión de la inmigración, sino se enfrenta igualmente en la actualidad, al desafío de la integración de los inmigrantes para garantizar sus derechos y crear una cohesión social entre todos los ciudadanos independientemente de su origen. La integración de los inmigrantes fue reforzada en 2009 con la Ley Orgánica 2/2009 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cumplimentada con los Planes Estratégicos de Ciudadanía e Integración. No obstante, la inclusión de los inmigrantes es competencia de las Comunidades Autónomas que a su vez la traspasan a las provincias y a los municipios. La ausencia de coordinación para la elaboración de políticas para la integración entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, las deficiencias en la gestión y el establecimiento de las políticas de la integración como la no renovación de los Planes Estratégicos de Ciudadanía e Integración, la unidireccionalidad de las políticas relativas a la inclusión -al contrario de lo establecido por la UE que apuesta por la bidireccionalidad-, la política de integración multicultural en vez de intercultural, la falta de seguimiento por parte del Estado central, entre otros, suponen un gran desafío para España en esta materia.

Palabras-clave: Integración, inmigración, Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, bidireccionalidad, políticas públicas.

Abstract: Spain is not only facing the challenge of immigration management, but is also currently facing the challenge of immigrant´s integrating to guarantee their rights and create social cohesion among all citizens regardless of their origin. The integration of the immigrant was reinforced in 2009 with Organic Law 2/2009 on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, completed with the Strategic Plan for Citizenship and Integration. However, the inclusion of the immigrant is the responsibility of the different Spanish regions, which in some cases transfer this task to a province or municipality level. The lack of coordination for the elaboration of policies for integration between the central government and the different regions in Spain are deficiencies in the management and establishment of integration policies such as the non-renewal of the Strategic Plans for Citizenship and Integration, unidirectionality of policies related to inclusion -contrary to what is established by the EU, which is committed to bidirectionality, the policy of multicultural

integration instead of intercultural, the lack of monitoring by the central government and other authorities with responsibility in this topic, we can say without a doubt that Spain has a big challenge in this matter.

Key-Words:: Integration, immigration, Strategic Plan for Citizenship and Integration, bidirectionality, public policies.

INTRODUCCIÓN

A finales del año 2020 el número de las personas inmigrantes en España es alrededor de 5,5 millones lo que supone más del 11% de la población. Por ello, la gestión de la integración de los inmigrantes se considera uno de los importantes retos al que se enfrenta España. Una de las cuestiones más discutidas en este ámbito es la eficacia de las políticas públicas de integración para fomentar la cohesión social y para que todas las personas que forman parte de la sociedad española tengan derechos y libertades independientemente de su situación administrativa, su origen, su cultura o su religión.

España entiende la integración social, tal y como lo define el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración de 2014, como un proceso bidireccional, de adaptación mutua que requiere la participación activa de todos los ciudadanos, inmigrantes y autóctonos, así como de las instituciones del país de acogida, y que busca la consecución de una sociedad inclusiva que garantice la plena participación económica, social, cultural y política de los inmigrantes en condiciones de igualdad de trato e igualdad de oportunidades.

¿Pero en la práctica, las políticas públicas españolas de integración están enfocadas hacia esta definición? ¿Son eficaces las políticas públicas, la normativa jurídica y las iniciativas no normativas para garantizar una exitosa integración de los inmigrantes? ¿A quién le corresponde la competencia de la integración? ¿Existen deficiencias en esas políticas públicas que dificultan la integración? En este trabajo intentamos responder a estas preguntas para entender por qué la integración de los inmigrantes es un desafío para España.

1. El corpus normativo de la integración

La integración de los inmigrantes no se incorporó al corpus normativo español de forma real hasta 2009, a pesar de que la inmigración se forjó hace más de 30 años, cuando España pasó de ser un país de emigración a un país de

acogida. En los años noventa se empezaron a adoptar políticas sociales para la integración de los inmigrantes.

La Ley Orgánica 2/2009 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ha incorporado por primera vez la integración como uno de los ejes principales de la política de inmigración. Esta materia fue uno de los motivos principales para reformar la Ley de inmigración que ha conocido varias modificaciones.

La primera ley sobre la inmigración data a 1985 y no fue establecida para regular la situación de los inmigrantes, sino como un prerrequisito para entrar a la actual Unión Europea. La normativa establecida antes de esa primera ley fue fragmentada y aglutinaba un gran número de decretos que regulaban principalmente las condiciones de entrada y la concesión de permisos de trabajo y residencia (LÓPEZ, 2007).

Existía un vacío jurídico en materia de la inmigración y la Comunidad Económica Europea exigió a España establecer una normativa sobre la materia, cuando apenas existía en la sociedad española la percepción de que la inmigración requiriera de intervención gubernamental (LÓPEZ, 2007). Esta exigencia viene motivada por la presión de los Estados miembros que cerraron sus fronteras en los años setenta, como Francia o Alemania, y temían la llegada de los inmigrantes por España que tenía sus fronteras abiertas. (SOLANES, 2010).

Por lo tanto, la Ley de 1985 no vino como una respuesta a una necesidad social para garantizar los derechos y las libertades de los inmigrantes sino por una presión externa. Esto se ve reflejado en la ausencia de unos derechos más básicos para la integración como la reagrupación familiar o la residencia permanente, puesto que no se reconocía todavía a la inmigración como un hecho permanente, sino se pensaba que los inmigrantes volverían a sus países de origen. Por lo tanto, la integración social en esta Ley estuvo completamente ausente (PAJARES, 2009, p. 138).

Un año después se aprobó el reglamento de ejecución de la ley por el Real Decreto 1196/1986, del 26 de mayo estableciendo políticas de control más que de integración.

Una década después y ante la evolución y el asentamiento de la inmigración en España, la sociedad civil demandaba una modificación de ley de extranjería que se adecua a la nueva realidad y que favorezca la integración de los inmigrantes. En 1996, en lugar de modificar la ley, el legislador español, optó por

aprobar un nuevo reglamento que deroga íntegramente el de 1986 a través Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. A pesar de sus limitaciones, concretó los derechos de los extranjeros y algunas cuestiones vinculadas a la integración como el reconocimiento de los permisos permanentes de residencia de cinco años, lo que garantizaba al inmigrante una cierta estabilidad fomentando así su integración.

No es hasta el año 2000 cuando se modifica la Ley de Extranjería con la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y deroga la anterior LO 7/1985. En cuanto a la integración, esta Ley trajo una modificación a nivel conceptual e introdujo por primera vez la noción "integración" en su título. No hizo ninguna aportación a nivel de contenido, salvo en lo relacionado a los derechos de educación y asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares pero relativamente estables en España (AJA, 2006, p. 16). Este cambio se considera un paso importante para la integración de los inmigrantes independientemente de su situación administrativa. Además de prever una vía de regularización individual ordinaria, y cambiar el sistema de sanciones excluyendo la expulsión de aquellos que se encontraban en situación irregular de forma sobrevenida (AJA, 2006, p. 16).

Pero la LO 4/2000 tuvo una corta vida y fue modificada a finales del mismo año, a causa del cambio político tras las elecciones generales ganadas por el Partido Popular que votó en contra de su aprobación y aprovechó su mayoría absoluta para modificarla y aprobar la LO 8/2000. Aunque no significó la sustitución total de la anterior, supuso una modificación parcial que dio pasos atrás en la garantía de los derechos de los inmigrantes y su integración, principalmente a los que se encuentran en una situación irregular. En este sentido, esta Ley, a diferencia de la anterior, negaba, a los inmigrantes irregulares el derecho a la educación no obligatoria, a la reunión y manifestación, y a la asociación, sindicación y huelga hasta que obtengan autorización residencia en España.

En 2003 se aprueba La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que incluye la materia de integración pero no se ocupaba de la Ley de Extranjería. A pesar de que en la exposición de los motivos se insiste sobre el objetivo de favorecer la integración, esta ley se centraba más en endurecer las medidas de control de la inmigración que de favorecer la integración, salvo en lo que se refiere a la protección de la mujer inmigrante en el

caso de separación y divorcio -que ha ido acompañada con la reforma del Código Civil- y la tipificación el delito de mutilación genital o ablación.

Dos meses después se reformó la Ley de Extranjería con LO 14/2003, de 20 de noviembre pero no trajo cambios en materia de la integración, sino, tuvo un carácter restrictivo, entre otros, para mejorar la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, así como la determinación de los tipos de visado; reforzar y mejorar de los medios e instrumentos sancionadores para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos; reforzar los procedimientos de devolución de extranjeros que acceden ilegalmente y sancionar el tráfico de las personas.

La cuarta y la última modificación de la Ley de Extranjería fue en 2009 con la LO 2/2009, de 11 de diciembre y vino a garantizar derechos fundamentales de los inmigrantes. Esta modificación está motivada como viene en su preámbulo, por un lado, para incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que consideraba inconstitucional la exigencia de tener la residencia legal que la ley anterior imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga. Esta condición constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma, los indicados derechos alcanzan a todas las personas solo por el hecho de serlo. Por otro lado, se hizo la modificación para incorporar al ordenamiento jurídico español, nueve directivas europeas sobre la inmigración, y finalmente para adaptar la ley de extranjería a la nueva realidad migratoria y a sus diferentes retos.

Así pues, esta nueva ley hizo un cambio sustancial en la materia de la inmigración en general pero también en la materia de la integración de los inmigrantes y no solo se quedó reflejada en el título sino trajo cambios a nivel de contenido. Uno de sus objetivos es reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea y la protección internacional, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.

De esta manera, por primera vez a nivel legal dedica un artículo a la integración que garantiza mejores condiciones para asegurar la plena inclusión de los inmigrantes abogando por su transversalidad en todas las políticas dirigidas a toda la ciudadanía y llevadas a cabo por las Administraciones públicas.

En 2011 se adopta el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la ley de extranjería. A pesar de que en su exposición de motivos se expone que el objetivo del Reglamento es optimizar entre otros la integración social de las personas inmigrantes, en realidad no aportó grandes cambios en este sentido.

2. Los Principios Básicos Comunes europeos y la ley sobre integración

Cabe mencionar que la última modificación de la ley referida a la integración; 02/2009 está motivada por el espíritu europeo de integración de los inmigrantes de terceros países. Aunque no lo manifiesta expresadamente, está inspirada en los once Principios Básicos Comunes (PBC) europeos aprobados por el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en 2004.

Son una guía básica que ha sido diseñada para ayudar a los países en la formulación de sus políticas de integración, proporcionándoles directrices no vinculantes y simples (ILLAMOLA, 2011, p.162) para propiciar una exitosa integración basada, principalmente sobre el principio de la bidireccionalidad y el compromiso recíproco entre los nacionales de los Estados miembros y los inmigrantes que deben respetar los valores fundamentales de la UE. Los PBC consideran igualmente como elementos claves del proceso de integración; el empleo, la educación, el acceso a las instituciones, los bienes y los servicios públicos y privados en igualdad de condiciones con los nacionales, la no discriminación, el diálogo intercultural, la práctica de diferentes culturas y religiones y la participación en el proceso democrático.

Los PBC no son jurídicamente vinculantes pero codifican el discurso europeo sobre la integración (LÓPEZ, 2007) que fue introducida tardíamente en las políticas europeas. Hasta 1999 no se articuló la integración por la idea de temporalidad de las migraciones (GARCÍA 2015, p. 88). El Consejo Europeo de Tampere incluyó a la integración como uno de los pilares de la Política Común de Inmigración y Asilo. Aquella fue la cumbre con la que se quiso dar el pistolazo de salida para la elaboración de la política común de inmigración (PAJARES, 2009, p. 131). Pero la integración siguió ausente de esa Política Común de Inmigración y Asilo y solo había algunas referencias generales a la misma. Hasta que se establecieron los PBC en 2004.

Hay que destacar que la integración es una competencia de los Estados miembros mientras que la UE solo puede fomentar y apoyar la acción destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio (79.4 TFUE). Esta base jurídica específica para medidas de apoyo fue establecida a través del Tratado de Lisboa de 2009.

Así pues, los Estados miembros son los competentes de establecer la normativa jurídica sobre integración, basada en los PBC pero algunos de ellos los eligen a la carta y se centran principalmente en el cuarto PBC basado sobre "un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida". Las políticas públicas de integración establecida por países como Alemania, Austria Bélgica, Dinamarca, Francia o Holanda exigen a los inmigrantes exámenes de evaluación del idioma, el nivel de conocimiento de la cultura y la historia de la nación de una manera obligatoria (ZEBDA, 2020). Estos modelos de integración se alejan del espíritu de los PBC y de sus objetivos considerando la integración como un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo. Lo que quiere decir que la integración no es solo responsabilidad del inmigrante que debe asimilarse sino es una responsabilidad compartida entre todas las partes, inmigrantes, autóctonos e instituciones.

Cabe señalar que a la hora de elaborar los PBC, España fue el único Estado que planteó una enmienda de adición, con el objetivo de incluir en el texto el mantenimiento de las lenguas y culturas de origen de las personas inmigrantes, y así reconocer su identidad cultural y reforzar su sentimiento de pertenencia a una sociedad común. (LÓPEZ, 2007, p. 245). Sin embargo, la propuesta de España fue rechazada. El resultado de la exclusión de esa idea, según LÓPEZ, fue la elaboración de unos

> principios asimétricos, que no acaban de hacer honor a la definición de la integración como proceso bidireccional que enuncia el primero de ellos. O, en todo caso, se trata de una bidireccionalidad en la que una parte tiene que recorrer un trecho mucho más largo que la otra. (2007, p. 246)

Ahora bien, la LO 2/2009 se inspira en los PBC de la UE y se basa sobre la bidireccionalidad entre el inmigrante y la sociedad. Esta Ley procura a través de acciones formativas el conocimiento y el respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, de las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrolla medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización

en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración (art.2.2).

Además a diferencia del espíritu de la UE y de muchos Estados miembros basado en favorecer la integración de los inmigrantes residentes legalmente en España, la Ley de 2009 no hace distinción entre inmigrantes regulares e irregulares, incluso insta a los Ayuntamientos a empadronar a los inmigrantes que tienen un domicilio habitual en España independientemente de si tiene un permiso de residencia o no, (GARCÍA, 2015, p. 105). Por lo tanto, las políticas de integración españolas incluyen a todas las personas inmigrantes independientemente de sus situación administrativa.

3. Iniciativas no normativas para la integración

Junto a la normativa jurídica sobre integración, España ha planteado varias iniciativas para la integración de los inmigrantes.

En primer lugar, En 1994 se aprobó el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes (PISI) que por primera vez en España pretendía abordar la inmigración con un enfoque global (FUNDACIÓN CIEDES, 2011). Toma como referencia las directrices de la UE, con el objetivo de garantizar el ejercicio, tanto de derechos y deberes, como de acceso a los servicios sin discriminación injustificada, de promover una convivencia basada en valores democráticos y en actitudes tolerantes, de garantizar al inmigrante una situación legal y socialmente estable, de combatir las barreras que dificultan la integración, de luchar contra la explotación de los trabajadores extranjeros y de sensibilizar contra el racismo y la xenofobia (GARRIDO, 2012, p. 247).

En segundo lugar, se aprobó el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España (GRECO) para el periodo 2001-2004 para mejorar el ámbito de extranjería e inmigración. Incluye en una de las cuatro líneas básicas de intervención, la integración de los residentes extranjeros que contribuyen activamente al crecimiento del país y de sus familias. Pero este Programa recibió fuertes críticas por su carácter unidireccional relacionado con la asimilación del inmigrante que debe hacer el esfuerzo para integrarse (COVAS, 2003, p. 15), por la falta de presupuesto y de medidas concretas para fomentar la integración, lo cual indica que no se trataba de un plan efectivo para la integración (PAJARES, 2009, p. 139).

Como tercera iniciativa, destacamos los Planes Estratégicos de Ciudadanía e Integración. el I Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI) se aprobó para el periodo 2007-2010. Explicita por primera vez en España, un marco político para la integración de y con los inmigrantes (CACHÓN, 2009, p.288). Su elaboración tras una considerable gestación desde 2004, contó con la participación de ONG, sindicatos, patronales, administraciones de ámbito local, autonómico y nacional y diversos expertos en la materia migratoria (CACHÓN, 2009, p.274). El I PECI Se basa sobre tres principios; la igualdad, la ciudadanía y la interculturalidad. Entre sus premisas encontramos la bidireccionalidad y la adaptación mutua, tal y como lo establecen los PBC europeos.

Su objetivo fue construir un marco integral y compartido que sirva de referencia para las políticas públicas (GARRIDO, 2012, p. 351) en doce áreas de intervención (acogida, educación, empleo, vivienda, servicios sociales, salud, infancia y juventud, igualdad de trato, mujer, participación, sensibilización y codesarrollo).

Con esta iniciativa se intentó articular un modelo que cohesionara la intervención autonómica, de tal forma que el Estado se implicara en las políticas de integración (SOLANES, 2010). Al mismo tiempo, establece un marco político formulado por el Gobierno que implica el conjunto de la sociedad en la gestión del proceso de integración bidireccional (CACHÓN, 2009, p.279).

La evaluación de este Plan ha sido positiva tal y como lo establece el II PECI. Destaca igualmente uno de sus principales logros reconocidos la creación de un modelo de gobernanza relacional y abierto, en base a criterios de integralidad, complementariedad y subsidiariedad, a la participación de diferentes actores estatales, autonómicos, locales y de la sociedad civil.

No obstante, se ha detectado, por una parte, la falta de agilidad en la adaptación y respuesta a los cambios producidos durante la fase de ejecución, motivados principalmente por los efectos de la crisis económica en la actividad y en el empleo. Por otra parte, se detectaron limitaciones y debilidades en la coordinación y el intercambio de una información de seguimiento que estuviese definida de manera común, homogénea y comparable entre los distintos niveles de la administración y en ocasiones, entre las administraciones y las entidades sociales.

El II PECI para el periodo 2011-2014 supuso la continuación y mejora del anterior Plan. Se ha aprobado bajo las siguientes seis premisas; -la concepción de la integración como un proceso bidireccional, de adaptación mutua acorde con el espíritu de los PBC de la UE; - la convicción de que la responsabilidad del proceso de integración y de la gestión de la misma debe ser compartida por las distintas administraciones, la sociedad civil organizada, incluyendo las organizaciones de inmigrantes y el conjunto de la ciudadanía; -la concepción del Plan como un marco de colaboración capaz de dinamizar políticas, aglutinar iniciativas y dotar de coherencia a las actuaciones tanto del sector público como de la sociedad civil; -la necesidad de adoptar un enfoque integral o global, tanto en las políticas de inmigración como en las de integración y gestión de la diversidad; -la idea de que las políticas de integración y gestión de la diversidad se dirigen al conjunto de la ciudadanía, inmigrante y española, y que las actuaciones públicas deben ir orientadas a promover y garantizar el acceso normalizado de la población inmigrada a los servicios públicos y privados de carácter general; -la incorporación transversal de las cuestiones relativas a la integración de la población inmigrada a todas las políticas públicas relevantes.

El II PECI se articuló a través de cuatro principios: la igualdad y no discriminación, la ciudadanía, la inclusión y la interculturalidad.

Sus áreas de intervención están basadas por una parte, sobre específicas como la acogida; el empleo y la promoción económica; la educación; la salud; los servicios sociales e inclusión; y la movilidad y desarrollo, y por otra parte, sobre áreas transversales como la convivencia; la igualdad de trato y lucha contra la discriminación; la infancia, la juventud y las familias; el género; y la participación y educación cívica.

Sin embargo, tras la suspensión del Fondo Estatal para la integración de los inmigrantes, establecido por el artículo 2.4 de la Ley 02/2009 de los presupuestos generales del Estado de 2012, el II PECI se ha quedado incompleto.

Este Plan se expiró en 2014 y desde entonces no hubo una renovación del mismo, ni una iniciativa alternativa. Además, no hubo ninguna evaluación ni seguimiento tal y como está establecido en el mismo Plan y conforme a uno de los PBC que señala "es necesario establecer objetivos, indicadores y mecanismos de evaluación claros para ajustar las políticas, evaluar los avances en la integración y hacer más eficaz el intercambio de información". Esta falta de renovación demuestra el desinterés tanto público como político por la

integración de los inmigrantes, sino más bien el debate relacionado a la inmigración se centra entre 2015 y 2019 en el asilo y la situación de las personas refugiadas (PASETTI, CUMELLA, 2020 p.1).

Por lo tanto, es necesaria y urgente una renovación del PECI acompañada de una evaluación del anterior, así como de la situación de la integración en España en estos últimos 6 años. Sobre todo que la evolución de la inmigración sigue su proceso y hace de España un país cada vez más diverso que debe abogar por la interculturalidad como modelo de integración donde todas las personas se sientan integradas y donde se garantice una cohesión social.

Una valoración positiva de los PECI es que no hacen ninguna referencia a la situación administrativa de los inmigrantes para integrarlos. Lo que significa que España respalda la integración de todas las personas inmigrantes independientemente de ser regulares o irregulares. Igualmente, todos los inmigrantes que se encuentran en España se pueden beneficiar de los programas financiados por los fondos europeos. Esta cuestión se aleja visiblemente de los postulados europeos que se refieren exclusivamente a los nacionales de terceros países residentes legalmente en alguno de los Estados miembros (GARCÍA, 2015, p. 101).

4. La competencia de la integración

La competencia de la integración en España es una de las cuestiones más discutidas sobre la eficacia de la inclusión social de los inmigrantes. El reparto de competencias sobre la inmigración y la integración es muy descentralizado con una ausencia de un diálogo profundo y de cooperación entre las Administraciones Públicas estatales y autonómicas. Por un lado, el Gobierno asume la competencia jurídico-administrativa sobre algunas materias relacionadas con la inmigración como la extranjería, el asilo, la nacionalidad, igualmente sobre algunos asuntos sociales como la regulación del mercado laboral y la reagrupación familiar (GODENAU; RINKEN; DE LIZARRONDO; MORENO, 2014, p.31).

Por otro lado, encontramos la integración como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, que a su vez la trasladan a los municipios. Valoramos positivamente la implantación de las políticas integradoras por parte de los municipios que es la administración más cercana al inmigrante y que conoce sus necesidades según el entorno en el que se encuentra, además de la

diferencia entre las características migratorias de un municipio a otro. Pero por otra parte, consideramos que es necesaria la participación de las administraciones locales en las políticas públicas de integración puesto que son los competentes en esta materia y en realidad son casi olvidados en la elaboración de planes y de modelos de integración (VANSTEENBERGHE, 2012, p. 232).

Cabe señalar que la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas participan en la Conferencia Sectorial de Inmigración (CSI) para reforzar la cooperación intergubernamental en todas las aras de la inmigración y entre ellas la integración. La CSI, creada al amparo del art. 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, tiene como finalidad primordial, según su Reglamento Interno de 2008, conseguir la máxima coherencia en la aplicación de las políticas públicas ejercidas por el Estado Central y las Comunidades Autónomas, mediante el intercambio de puntos de vista y el examen en común de los problemas que pueden plantearse y de las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos, y establecer las bases y criterios sobre los que se debe asentar una política global en materia de integración social y laboral de las personas migrantes.

Según el artículo 3.4 de su Reglamento interno de la CSI, las entidades locales pueden participar con voto pero sin voz. Lo que hace que las entidades competentes en materia de integración solo pueden participar como observadores pero sin el poder de tomar decisiones. Además esta Conferencia ha recibido varias críticas por su organización ineficiente y por la falta de reuniones (ZUPPIROLI, 2014, P.20). El artículo 8 del Reglamento de la CSI establece la periodicidad en dos reuniones anuales. La primera fue celebrada en 2008 y desde entonces se celebraron solo 8 reuniones, dos en 2009, de 2010 a 2015 se celebró una reunión por año, salvo en 2013 no se celebró ninguna. La siguiente fue en 2018 y fue la última hasta ahora.

Este reparto de la competencia de integración a nivel estatal, autonómico y local ha generado una desconexión que dificulta tener un modelo de integración unificado. El modelo español se define como intercultural pero como carece de competencias efectivas para ordenar e imponer un modelo a las Comunidades Autónomas, éstas tiran de su modelo cultural y social propio (VANSTEENBERGHE, 2012, p. 232). En varias Comunidades Autónomas se ha prevalecido el modelo multicultural, donde se han ido creando guetos en función del origen de los inmigrantes y en torno a sus credos más frecuente,

alejándose así de la interculturalidad que hace referencia a la interrelación entre culturas y a la búsqueda de una convivencia estable entre ellas sobre la base de la igualdad, de la no discriminación y del respeto (GODENAU; RINKEN; DE LIZARRONDO; MORENO, 2014, p.22).

5. La medición de las políticas públicas de integración en algunas áreas de intervención

La integración es un proceso multidimensional y transversal que se manifiesta en diversas áreas de la vida social, como el empleo, la educación, el acceso a las prestaciones, bienes y servicios básicos, la convivencia intercultural, la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación, la participación política y la educación. El fomento de estas áreas transversales es lo que garantiza un proceso de integración exitosa y considerando que ésta solo es posible desde la igualdad de libertades y deberes, puesto que no puede haber integración sin derechos, y no a la inversa (SOLANES, 2006).

Como hemos ido refiriendo lo largo de este trabajo, tanto la Ley de 2009 como los dos PECI se basan en teoría sobre la bidireccionalidad y la adaptación mutua entre la población inmigrante y la población autóctona. Pero cuando nos acercamos a la práctica, a las áreas de intervención y a las actuaciones, nos damos cuenta que el proceso de integración es unidireccional y la responsabilidad de la integración social recae sobre el inmigrante mientras que la sociedad de acogida es facilitadora de este proceso y no coprotagonista (GONZÁLEZ-RÁBAGO, 2014, p. 201). Esto está reflejado en los Planes de Integración donde la población autóctona, sólo es protagonista en dos áreas de intervención, una en cada Plan. En el primero, el PECI 2007-2010 cuenta con el área de Sensibilización y el PECI 2011-2014 con el de Convivencia (GONZÁLEZ-RÁBAGO, 2014, p. 201).

España planteó a los largo de los últimos diez años una serie de políticas para afrontar esta realidad. Lo que la ha colocado por encima de la media, tanto de la UE, como del conjunto de los países de la OCDE (PASETTI Y CUMELLA, 2020, p.6). Varios indicadores hablan a favor de un nivel de integración social relativamente satisfactorio (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, 2019, p.210). Hay algunas áreas que se valoran muy positivamente y donde España ha dado pasos muy importantes hacia la eficaz

integración de los inmigrantes, pero por otra parte, en muchas áreas está muy lejos de alcanzar los niveles mínimos de integración.

España se aproxima a los estándares europeos e internacionales en dos áreas; por una parte, en materia de sanidad, desde 2018 vuelve a instaurarse la sanidad universal para todas las personas independientemente de su situación administrativa. Y por otra parte, las condiciones del área de la reagrupación familiar que es una de las más favorables a nivel europeo (PASETTI Y CUMELLA, 2020, p.6). Su concesión no está condicionada por las pruebas de nivel del idioma o de integración como pasa en países europeos como Francia.

Sin embargo, las demás áreas se encuentran por debajo de la media de los estándares europeos e internacionales, por la falta de acciones legislativas, como en el área de la antidiscriminación racial, étnica o religiosa donde el conjunto de normas carecen de concreción y eficacia (PASETTI Y CUMELLA, 2020, p. 4). En el momento en el que nos encontramos se ha retomado el debate sobre la ley de igualdad de trato y no discriminación que fue paralizado en 2011 y en 2019 por motivos políticos.

En el área de la nacionalidad, la ley no ha avanzado desde 1982 estableciendo el *ius sanguinis* como principio básico para su adquisición y diez años de residencia para la naturalización (contemplando casos excepcionales reflejados en más plazos cortos y trámites más sencillos). La doble nacionalidad está prohibida. Y Además desde 2015 la ley está mucho más restrictiva, obligando a los solicitantes costear y acreditar un nivel de idioma (A2). También debe demostrar un nivel suficiente de adaptación a la cultura y el estilo de vida españoles (FINOTELLI; LA BARBERA, 2017, p. 262) que desde 2015 se realiza una prueba de integración sobre "conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España" a través del Instituto Cervantes. Pues bien, el proceso de la obtención de la nacionalidad es considerablemente difícil y largo, a pesar de que es una de las principales vías de la integración.

En cuanto a la participación en la vida política, solo el 4% de los extranjeros extracomunitarios se interesan por ello. El hecho de carecer del derecho de sufragio por falta de acuerdos bilaterales de reciprocidad se considera un factor de la falta de implicación en la vida política (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, 2019, p. 206). Destacamos como ejemplo el caso de la comunidad extracomunitaria más grande; la marroquí que no puede participar en las elecciones municipales por la falta del acuerdo de reciprocidad de España con Marruecos como ya tiene establecido con otros

países. Esta cuestión dificulta la integración de los marroquíes ya que no pueden elegir a quien les representan y así no pueden participar en la elaboración de los programas de integración (ZEBDA, 2019, p.154).

Por otra parte, muchos de los inmigrantes aunque tienen derecho a voto, no lo hacen, por desinterés. Por ello, solo un reducido número de inmigrantes participan activamente en el proceso político en España, la gran mayoría está alejada o excluida de la participación electoral (IGLESIAS; RUA; ARES, 2020, p.205).

En definitiva, a pesar de que los indicadores demuestran un nivel satisfactorio de la integración de los inmigrantes y España se encuentra por encima de la media a nivel europeo, todavía hay que hacer un esfuerzo para tener una integración exitosa en todos los ámbitos. De esta manera se puede garantizar una cohesión social, donde la población inmigrante, la población autóctona, las instituciones y la sociedad civil se impliquen de una manera eficaz para conseguir este objetivo. El primer paso para ello, es aprobar un nuevo Plan estratégico de integración adecuado a la diversidad cultural que hay en España, dotado de un presupuesto adecuado, con una ejecución eficaz, contando con la colaboración de todos los actores y tomando en cuenta el principio de la bidireccionalidad, de la igualdad, de la adaptación mutua y de la interculturalidad.

REEFERENCIAS

AJA, Eliseo. "La evolución normativa sobre inmigración". en AJA, Eliseo; ARANGO, Joaquín. (eds.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004*). Barcelona. Fundación CIDOB. 2006.

CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo. *La «España inmigrante»: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*. Ediciones. Anthropos. Barcelona, 2009.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA. *La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid. 02/ 2019.

BONINO COVAS, Carla; ARAGÓN MEDINA, Jorge; ROCHA SÁNCHEZ, Fernando. *Los planes de las Comunidades Autónomas para la integración social de las personas inmigrantes*. Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Madrid. 2004.

IGLESIAS, Juan; RUA, Antonio; ARES Alberto. *Un arraigo sobre el alambreLa integración de la población de origen inmigrante en España.* Madrid. Fundación Foessa. 2020.

ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona. Los Principios Básicos Comunes como marco de la política de integración de inmigrantes de la Unión Europea y su incorporación en la política española de inmigración". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. nº 38, 2011.

GARCÍA JUAN, Laura. "Medidas y condiciones de integración de inmigrantes: una propuesta europea difícil de articular en España". *Migraciones*. nº 38. 2015.

GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España: un análisis histórico desde la perspectiva de los Derechos Humanos.* Ediciones Universidad de Salamanca. 2012.

GODENAU, Dirk; RINKEN, Sebastián; DE LIZARRONDO ARTOLA, Antidio Martínez; MORENO MÁRQUEZ, Gorka. *La integración de los inmigrantes en España: una propuesta de medición a escala regional*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2014.

GONZÁLEZ-RÁBAGO, Yolanda. "Los procesos de integración de personas inmigrantes: límites y nuevas aportaciones para un estudio más integral". *Athenea Digital*. nº 14. 2014.

LÓPEZ PICH, Pablo. "La política de integración de la Unión Europea". *Migraciones*. nº 22. 2007.

FINOTELLI, Claudia; LA BARBERA, María Caterina. Naturalizaciones en España normativa. datos y tendencias. *Anuario CIDOB de Inmigración*, 2017.

FUNDACIÓN CIEDES. *Cuaderno nº 12 del II Plan Estratégico de Málaga. La integración de los inmigrantes a través de la formación y el empleo en Málaga*. 2011.

PAJARES ALONSO, Miguel. "Inmigración y políticas públicas", en DE LUCAS, Javier; SOLANES CORELLA Ángeles (coord.). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. Madrid. Dykinson. 2009.

PASETTI, Francesco; CUMELLA DE MONSERRAT, Carlota. "Las políticas de integración en España según el índice MIPEX". *CIDOB*. nº 238. Diciembre 2020.

SOLANES CORELLA, Ángeles. "Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación". *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. nº 14. 2006.

SOLANES CORELLA, Ángeles. "Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010". *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*. nº 90. 2010.

VANSTEENBERGHE WAETERSCHOOT, Guillermo Pablo. "Coexistencia de tres modelos de integración en España". *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. nº 13. 2012.

ZEBDA, Siham. "Derechos Humanos, inmigración e integración de los inmigrantes en la UE y España". PINTO FONTANILLO, José Antonio; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel (Eds). *Los derechos humanos en el Siglo XXI. Tomo III. En la conmemoración del 70 aniversario declaración Los derechos humanos desde la perspectiva política y social.* Madrid. Edisofer. 2020.

ZEBDA, Siham. "Las políticas migratorias españolas y la integración de los inmigrantes: el caso de la inmigración marroquí" En GUZMÁN ORDAZ, Raquel; GORJÓN BARRANCO, María Concepción. *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca. Universidad de Salamanca. 2019.

ZUPPIROLI, Jennifer. *Informe de revisión sobre los mecanismos de seguimiento existentes para la integración de migrantes en España*. ACCEM. 2014.

LA ACOGIDA DE PERSONAS LGTBI EN EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: tres cuestiones problemáticas

Francisco de Asís Peña Díaz
Doctor en Derecho, Universidad de Málaga y Universidad de Milán, Becario de investigación en el Servicio de Doctrina Constitucional del Tribunal Constitucional español, Madrid, España, franpediaz@uma.es

Resumen: De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, las personas LGTBI solicitantes de asilo se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que obliga a los Estados a tener en cuenta sus necesidades particulares. Esto se traduce en, al menos, tres desafíos a los que el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) debe responder y que serán analizados en profundidad en este trabajo. En primer lugar, los riesgos derivados del internamiento con privación de libertad, durante el cual las personas LGTBI corren un peligro especial de sufrir violencia, discriminación y revictimización. En segundo lugar, la necesidad de una atención sanitaria específica, que cobra una especial relevancia en las personas trans solicitantes de asilo. En tercer lugar, la protección a las familias LGTBI. Si bien el SECA incluye numerosas disposiciones encaminadas a mantener la unidad familiar, no concreta su aplicación a las familias LGTBI. Dado que la jurisprudencia de Estrasburgo reconoce a las parejas del mismo género el derecho a que se respete su vida familiar, es esencial interpretar tales disposiciones de manera inclusiva y no discriminatoria. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libre circulación podría ofrecer alguna solución. A pesar de la relevancia que estos problemas tienen para los derechos humanos de las personas LGTBI solicitantes de asilo, la práctica de los Estados miembros es muy desigual, y el Derecho de la Unión no tiene en suficiente consideración a este colectivo.

Palabras clave: LGTBI, condiciones de acogida, solicitantes de asilo, Sistema Europeo Común de Asilo, vulnerabilidad.

Abstract: The European Court of Human Rights has already stablished that LGTBI asylum seekers found themselves in a special situation of vulnerability which entails an enhanced mandate for European States to take their particular needs into account. This leads to at least three challenges that the Common European Asylum System (CEAS) must face which will be assessed in this paper. First, the risks derived from the detention of LGTBI asylum seekers, who too often suffer from violence, discrimination and revictimization when deprived of their freedom with other inmates. Second, the specific healthcare needs that LGTBI people may have, with a special focus on the situation of trans asylum seekers. Finally, the protection of LGTBI families. Although the CEAS includes a

good deal of provisions aimed at safeguarding family unit, none of them applies expressly to LGTBI families. Those provisions must be interpreted in compliance with Strasbourg's case-law, which recognizes same-sex couples the right to have their family life respected. The Court of Justice of the European Union's case-law on freedom of movement may offer some key answers. Even though these problems have a huge impact on the human rights of LGTBI asylum seekers, neither the practices of Member States nor the Law of the European Union take them sufficiently into account.

Key-Words: LGTBI; reception conditions; asylum seekers; Common European Asylum System; vulnerability.

1. Introducción

En los albores de la década de los años 20 del siglo XXI, es innegable que la definición de contenida en la Convención de Ginebra de 1951 ha trascendido el ideal de "refugiado" que sus redactores tenían en mente. Concebida para dar respuesta a los grandes movimientos forzados de población en la Europa de la posguerra, la definición de la Convención ha sido paulatinamente interpretada de forma expansiva, llegando a incluir a su concepto de "determinado grupo social" a un colectivo ignorado durante décadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (LGTBI). La Unión Europea no ha sido ajena a este fenómeno, y hoy día la persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género es una causa expresamente incluida en la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

Sin embargo, lejos de quedarse en una mera declaración formal, la inclusión de las personas LGTBI entre las merecedoras de la protección de los países de la Unión Europea ha debido completarse la constatación de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra este colectivo de solicitantes de asilo. Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados europeos deben tener en cuenta de manera reforzada las necesidades específicas de las personas LGTBI solicitantes de asilo. Las implicaciones de esta obligación para los Estados miembros de la Unión Europea son muy amplias, pues abarcan a todo el proceso de concesión de la protección internacional tal y como está regulado en los instrumentos del Sistema Europeo Común de Asilo. En este trabajo nos centraremos en un ámbito en particular: la acogida, es decir, las condiciones materiales que los Estados miembros deben facilitar durante la tramitación de una solicitud de asilo.

Con este fin, nuestro punto de partida será la Directiva de acogida[1], que analizaremos a la luz de la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la medida en que los Estados de la Unión Europea deben tener en cuenta las necesidades específicas de las personas LGTBI demandantes de asilo, proponemos tres problemas a los que se enfrenta este colectivo durante la tramitación de su petición. En primer lugar, estudiaremos cómo responde el Derecho de la Unión y la práctica de los Estados miembros al riesgo de sufrir violencia, discriminación y, en definitiva, revictimización que asumen las personas LGTBI solicitantes de asilo cuando son privadas de libertad. En segundo lugar, evaluaremos qué atención sanitaria deben proporcionar los Estados miembros a las personas LGTBI, centrando nuestro enfoque en las personas trans. Finalmente, valoraremos hasta qué punto el Derecho de la Unión permite garantizar un principio tan básico como es el mantenimiento de la unidad familiar en el caso de las familias LGTBI, a la luz de la jurisprudencia internacional. Con estos tres desafíos pretendemos analizar críticamente la respuesta que el Sistema Europeo Común de Asilo ofrece ante la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra este colectivo. Así, responderemos a la pregunta de hasta qué punto cumplen la Unión y sus Estados miembros con sus obligaciones derivadas del propio Derecho de la Unión

2. Las personas LGTBI como solicitantes especialmente vulnerables

Una característica del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) es el reconocimiento de que no todos los solicitantes de asilo se encuentran en las mismas condiciones, sino que sus circunstancias individuales pueden colocarlos en una situación especialmente precaria que los hace merecedores de una especial atención por parte de las autoridades de asilo. De este modo, ciertos solicitantes de asilo son considerados como en situación de vulnerabilidad por el SECA y tratados de manera particular por esta razón. Se trata de un concepto que, si bien no es único del Derecho europeo (ECRE, 2017-1, p. 9), ha sido desarrollado especialmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (PERONI, TIMMER, 2013; LA BARBERA, 2019). Si bien se trata de un concepto indefinido en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha

[1] Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional, DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 96-116.

reconocido esta condición a colectivos que han sufrido históricamente las consecuencias del prejuicio y el estigma, abocándoles a un gran riesgo de exclusión social y de dependencia del Estado para poder garantizar sus derechos básicos. Al imponer la obligación de valorar la vulnerabilidad de ciertas personas, el TEDH avanza hacia una verdadera aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos (ARNARDÓTTIR, 2017).

Así, el TEDH ha calificado de vulnerables a las personas gitanas[2], las seropositivas[3], las discapacitadas[4] o las solicitantes de asilo en general[5]. En lo que respecta a las personas LGTBI, el Tribunal de Estrasburgo entiende que se trata de una "comunidad vulnerable" en el contexto de una sociedad en la que es abiertamente rechazada[6], lo que intensifica la obligación de su Estado de protegerla frente a la violencia y la discriminación. En 2016, y siguiendo su doctrina sentada *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, el TEDH declaró que las personas LGTBI solicitantes de asilo presentan a su vez una situación específicamente dificultosa y vulnerable[7]. Por esta razón las personas LGTBI solicitantes de asilo tienen derecho a que las autoridades tengan especial cuidado al gestionar sus solicitudes, pues, de lo contrario, podrían reproducir las condiciones que les hicieron huir de sus países de origen. La vulnerabilidad de estos solicitantes existe a lo largo de un *continuum* (VENTURI, 2016) entre su país de origen y el país de acogida, de forma que, a pesar de surgir de manera localizada en el primero, puede repetirse en el segundo si los Estados de recepción no atienden a la posición de desventaja -inherente a sus circunstancias personales- en la que se encuentran.

Es en este marco en el que deben interpretarse las referencias a la vulnerabilidad de los solicitantes de asilo en el SECA. Una tarea compleja dada la ausencia de una definición en abstracto del término, lo que contrasta con el uso profuso y fragmentado que se hace del mismo en la normativa aplicable (ECRE, 2017-1, p. 14). Centrándonos únicamente en el instrumento del SECA objeto de nuestro análisis, la Directiva de acogida, observamos que es el más profuso en

---

[2] *Chapman v. the United Kingdom* [GC], núm. 27238/95, de 18 de enero de 2001; *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], núm. 57325/00, de 5 de febrero de 2015; *Horváth and Kiss v. Hungary*, núm. 11146/11, de 29 de enero de 2013.

[3] *Kiyutin v. Russia*, núm. 2700/10, de 10 de marzo de 2011.

[4] *Alejos Kiss v. Hungary*, núm. 38832/06, de 20 de mayo de 2010.

[5] *M.S.S.*; *Sharifi et autres c. Italie et Grèce,* núm. 16643/09, de 21 de octubre de 2014, §172.

[6] *Identoba v. Georgia*, núm. 73235/12, de 12 de mayo de 2015, §68; *M.C. and A.C. v. Romania*, núm. 12060/12, §114, de 12 de abril de 2016.

[7] *O.M. v. Hungary*, núm. 9912/15, de 5 de julio de 2016, §53.

menciones a la vulnerabilidad de los solicitantes de asilo, dedicando a esta cuestión su Capítulo IV. De un lado, el artículo 21 de la Directiva de acogida establece que los Estados Miembros deben tener en cuenta la "situación específica de las personas vulnerables", enumerando una lista grupos protegidos que, si bien no incluye expresamente a las personas LGTBI, es no exhaustiva. Los grupos que sí menciona explícitamente serían:

> menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina (art. 21 Directiva de acogida).

De otro lado, el artículo 22 incluye la obligación de evaluar si las personas consideradas vulnerables en virtud del artículo 21 tienen "necesidades de acogida particulares", es decir, si requiere de garantías especiales para poder disfrutar de los derechos y cumplir con los deberes previstos en la Directiva (art. 2 k) Directiva de acogida). Se introduce así una nueva categoría -la de solicitante con necesidades de acogida particulares- cuyos contornos se difuminan con la categoría de solicitantes vulnerables. En cualquier caso, ambos conceptos coinciden en no incluir expresamente a las personas LGTBI. A pesar de no tratarse de categorías cerradas, deberían incluir expresamente a este colectivo por dos razones.

En primer lugar, para facilitar la armonización de los conceptos de vulnerabilidad entre los sistemas nacionales de asilo y garantizar así una protección uniforme de los solicitantes LGTBI en toda la UE (ILGA, 2016). Si bien es cierto que las formas específicas de persecución sufridas por las personas LGTBI las convierten en candidatas a ser calificadas como vulnerables por otros motivos sí recogidos expresamente -como por ser víctimas de tortura o violencia física, psicológica o sexual-, no lo es menos que muchas necesitan una atención específica derivada de su orientación sexual, su identidad de género, sus características sexuales o su expresión de género, como es el caso de las personas trans -cuyas necesidades de acogida serán expuestas en un epígrafe posterior-. En la actualidad, el amplio margen de apreciación de los Estados Miembros en esta cuestión da lugar a disparidades en la acogida de las personas LGTBI.

La segunda razón es la jurisprudencia del TEDH. Las sentencias sobre los asuntos *M.S.S.* y *O.M.* declaran que los solicitantes de asilo en general y las personas LGTBI en particular requieren de una protección reforzada por parte de los Estados para garantizar sus derechos. A nuestro juicio, ambas sentencias no se

contradicen entre sí, sino que se complementan. En *M.S.S.*, el Tribunal de Estrasburgo recuerda el consenso internacional que existe sobre la necesidad de garantizar los derechos de los solicitantes de asilo y refugiados, siendo prueba de ello la Convención de Ginebra de 1951 y la Directiva de acogida -y, por extensión, todo el SECA-. En *O.M.*, en cambio, enfatiza una característica que vuelve a ciertos solicitantes más vulnerables. Dicha complementariedad se ve reflejada en el SECA: todos los solicitantes de asilo tienen derecho a las garantías previstas en las Directivas de reconocimiento, procedimiento y acogida, sin perjuicio de aquellos solicitantes que necesiten un apoyo específico en forma de condiciones especiales de acogida y garantías procedimentales específicas. Por tanto, las necesidades especiales que tengan las personas LGTBI solicitantes de asilo deberían ser tenidas en cuenta bajo cualquier circunstancia.

La EASO parece ser de la misma opinión. Así lo demuestra su herramienta para la identificación de personas con necesidades especiales (ISPN), dirigida a las autoridades de asilo de los Estados Miembros cuyo fin es facilitar la identificación rápida y eficaz de los solicitantes de asilo con necesidades procedimentales o de acogida particulares[8]. La herramienta ISPN, disponible en decenas de idiomas, tiene como objetivo facilitar el cumplimiento del artículo 22 de la Directiva de acogida, según el cual el análisis de las necesidades especiales de acogida del solicitante -que implica un análisis previo de su vulnerabilidad (JAKULEVICIENE, 2015, p. 364)- debe realizarse en un plazo de tiempo razonable, en cualquier fase del procedimiento en la que surjan y sin prejuzgar la posterior evaluación del fondo de la solicitud (art. 22.4 Directiva de acogida). En nuestra opinión, el uso de herramientas como estas por parte de las autoridades nacionales, en combinación con un programa de formación de calidad y con la práctica de pruebas compatibles con la jurisprudencia del TJUE y el TEDH, puede facilitar que se detecten a solicitantes de asilo LGTBI con necesidades particulares de acogida para poder atender correctamente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Sin embargo, la automatización de este examen no debe provocar que se pasen por alto los riesgos inherentes a la calificación de grupos de personas como "vulnerables". En particular, se debe evitar caer en visiones esencialistas del colectivo LGTBI que hagan invisibles las circunstancias personales de sus miembros o ignoren las diferencias entre los distintos subgrupos

[8] "Tool for Identification of Persons with Special Needs" (ISPN), disponible en < https://ipsn.easo.europa.eu/easo-tool-identification-persons-special-needs/> ultimo acceso: 07 ene 2021 17:20

que lo conforman (DUSTIN, HELD, 2018, p. 76), así como en enfoques paternalistas de las personas LGTBI como incapaces de actuar con autonomía propia debido a su vulnerabilidad (PERONI, 2013, pp. 1070-1074). Al categorizar a las personas como vulnerables no sólo se les asigna un determinado estatuto jurídico, sino también una narrativa (WRIGGINS, 2005, p. 140) con connotaciones que hacen referencia a un ser herido e indefenso (PERONI, 2013, p. 1058) y que se extienden a todo el colectivo así calificado. En este sentido, enfoques holísticos como el prevalente en la herramienta ISPN permiten valorar no sólo su orientación sexual y su identidad de género como causas de vulnerabilidad de las personas LGTBI, sino también muchas otras. De este modo, se posibilitan análisis más ricos en matices y, por tanto, más cercanos a la individualización que debe caracterizar los procedimientos de asilo.

No obstante la necesidad de individualizar los procedimientos de asilo y de tener en cuenta las circunstancias personales de la solicitante, existen al menos tres ámbitos especialmente desafiantes para las personas LGTBI que piden asilo en los Estados miembros de la UE: las condiciones de internamiento, la atención sanitaria y las medidas encaminadas a mantener la unidad familiar. En las próximas páginas, describiremos los problemas que hemos detectado en estas áreas y cómo responden a ellos tanto la normativa de la Unión Europea como la práctica de los Estados miembros.

3. Riesgos derivados del internamiento de solicitantes de asilo LGTBI

El internamiento de solicitantes de asilo durante la tramitación de sus peticiones es probablemente una de las cuestiones que ha suscitado una mayor cantidad de comentarios tanto en la doctrina (HATHAWAY, 2005, p. 413; COSTELLO, MOUZARAKIS, 2016; HAILBRONNER, 2007; FLYNN, 2012; BLOOMFIELD, 2016; O'NIONS, 2008) como en las organizaciones de la sociedad civil (MATEVZIC, 2019; ECRE, 2017-2-2; HRW, 2019). Esta atención está justificada, pues se trata de una medida que afecta de manera muy relevante a los derechos fundamentales de personas que no sólo se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, sino que además serían privadas de su libertad sin haber cometido delito alguno (ECRE, 2017-2-2, p. 7). En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que el internamiento de solicitantes de asilo constituye una medida de

privación de libertad encaminada a evitar la entrada no autorizada en el país9. Por tanto, es uno de los supuestos en los que puede adoptarse una medida de privación de libertad de acuerdo con el artículo 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)10. No obstante, la interpretación del Tribunal de Estrasburgo ha sido criticada por permitir a los Estados la adopción de medidas privativas de libertad en casos en los que no son realmente necesarias (O'NIONS, 2008).

Sin embargo, los estándares de protección establecidos en el Sistema Europeo Común de Asilo habrían elevado los marcados por el TEDH. En primer lugar, por haber consagrado el derecho a permanecer en el territorio del Estado Miembro (art. 9 Directiva de procedimientos), lo que descartaría que se tratase de una detención para evitar la entrada irregular (COSTELLO; MOUZARAKIS, 2016, p 55). En segundo lugar, porque prevé expresamente que los Estados Miembros únicamente podrán internar a un solicitante "cuando ello resulte necesario" tras una evaluación individualizada del caso y ante la ausencia de medidas menos gravosas (art. 8.2 Directiva de acogida), y nunca "por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional" (art. 8.1 Directiva de acogida). Por tanto, esta medida solamente se podría adoptar en los casos previstos en el artículo 8.3 de la Directiva de acogida; sin embargo, éstos adolecen de un marcado carácter criminalizatorio (COSTELLO; MOUZARAKIS, 2016, p. 70; LEGOMSKY, 2007). Así, recurren a expresiones más propias del Derecho Procesal Penal como el "riesgo de fuga" (art. 8.3 b) Directiva de acogida) o permiten el internamiento en supuestos tan amplios e indefinidos como "cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público" (art. 8.3 e) Directiva de acogida). En cualquiera de estos supuestos, la decisión de internar a un solicitante de asilo debe tomarse de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad y con el resto de las obligaciones internacionales de los Estados Miembros, como se refleja en el Considerando 15 de la Directiva de acogida.

En cuanto a los solicitantes de asilo con necesidades de acogida particulares, el Derecho de la Unión no prohíbe que sean sometidos a una medida privativa de su libertad. Así, el artículo 11 de la Directiva de acogida prevé una serie de garantías específicas para estos solicitantes, pero no excluye su aplicación. No obstante, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y sus

---

[9] *Saadi v. the United Kingdom*, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008; *Suso Musa v. Malta*, núm. 42337/12, de 23 de julio de 2013.

[10] Que incluye una lista numerus clausus, Vid. *Saadi v. the United Kingdom*, §43; *Suso Musa v. Malta*, §89.

necesidades particulares deben tener un peso clave en la decisión de adoptar una medida de internamiento (PETIN, 2016, p. 3; ACNUR, 2012, §34). Como puso de manifiesto la sentencia del TEDH sobre el asunto *O.M. contra Hungría*, el internamiento de personas LGTBI solicitantes de asilo requiere que las autoridades presten especial atención a sus necesidades y a los riesgos a los que se enfrentarían en caso de ser internadas[11].

Aunque la Directiva de acogida no mencione a este colectivo, lo cierto es que las personas LGTBI solicitantes de asilo sometidas a internamiento corren enormes riesgos de verse expuestas a violencia -incluida la violencia sexual- (HRW, 2017-1; FRA, 2017, p. 11), discriminación e, incluso, a la explotación y la trata de personas (COE, 2018). Especialmente, cuando son internadas con otros solicitantes de asilo provenientes de sus países de origen u otros Estados en los que prevalezcan los prejuicios contra este colectivo (EASO, 2019, p. 52; JANSEN, 2014, p. 47; FERREIRA, 2018, p. 33). Por este motivo es imprescindible que se adopten medidas suficientes para garantizar eficazmente la seguridad de las personas LGTBI internadas. De no ser posible, deberían tomarse en consideración otras alternativas, evitando no obstante el aislamiento del solicitante (ACNUR, 2014, §65) y, en general, todas aquellas que impliquen una mayor marginación o restricciones más graves de sus derechos (Principios de Yogyakarta núm. 9[12]). Además, las personas LGTBI no sólo corren estos riesgos durante el internamiento en régimen cerrado, sino también cuando son alojadas aun sin ser privadas de su libertad. Desafortunadamente, la mayor parte de los Estados Miembros no disponen de instalaciones específicas para las personas LGTBI (FRA, 2017, p. 11). Tampoco la Directiva de acogida incluye ninguna indicación en este sentido, limitándose a establecer la segregación de los internos según el binarismo hombre-mujer (Art. 11.5 Directiva de acogida). La mera separación en hombres y mujeres no responde suficientemente a las necesidades del colectivo LGTBI, especialmente en el caso de las personas trans (ACNUDH, 2015, §36; COLEMAN, 2012, p. 78).

No obstante, algunos Estados Miembros han adoptado medidas que pueden servir como ejemplos de buenas prácticas. Por ejemplo, en Alemania el gobierno estatal de Berlín ha creado un centro especial para 125 personas LGTBI solicitantes de asilo en el que, además de ser acogidas y atendidas por personal

---

[11] *O.M. v. Hungary*, núm. 9912/15, de 5 de julio de 2016., §53.

[12] Para una discusión sobre la naturaleza y la relevancia jurídicas de los Principios de Yogyakarta, *vid.* PEÑA DÍAZ, 2018; PEÑA DÍAZ, 2020.

formado específicamente, se les presta asistencia para encontrar alojamiento privado (APT, 2018, p. 127), una medida similar a la adoptada en ciertas ciudades suecas (FRA, 2017, p. 11). En Austria, las mujeres trans suelen ser alojadas con otras mujeres no acompañadas en centros no mixtos (JANSEN, 2014, p. 48). En España, existe desde 2019 en Madrid un centro de refugio gestionado por organizaciones no gubernamentales y financiado por el gobierno español que dispone tanto de alojamiento como de servicios de intervención social para facilitar la integración de las personas acogidas (KIF-KIF, 2019). A pesar de estos ejemplos, por lo general los medios no son suficientes para satisfacer la demanda de alojamientos adaptados a las personas LGTBI. Con frecuencia, el acceso a ellos se produce como respuesta a los abusos sufridos por el solicitante en otras instalaciones, y no como una medida para prevenirlos (FRA, 2017, p. 11).

4. La atención sanitaria a solicitantes de asilo LGTBI: el caso de las personas trans

En el Sistema Europeo Común de Asilo, las condiciones materiales de acogida que los Estados Miembros deben facilitar a las personas solicitantes de asilo no se limitan al alojamiento, sino que incluyen además la alimentación y el vestido (art. 2 g) Directiva de acogida). Como norma general, éstas deben proporcionarles un nivel de vida adecuado que garantice su subsistencia y la protección de su salud física y psíquica (art. 17.2 Directiva de acogida), especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad o que son objeto de internamiento (art. 17.2 *in fine* Directiva de acogida). De modo que los Estados Miembros deben velar por que reciban la atención sanitaria necesaria, que incluirá como mínimo los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos, así como aquellos derivados de las necesidades de acogida particulares de los solicitantes (art. 19 Directiva de acogida). Además, la salud física y psíquica de estos solicitantes con necesidades específicas debe ser una prioridad de los Estados Miembros, que han de prestar la ayuda adecuada de acuerdo con su situación concreta (art. 11 Directiva de acogida).

El respeto a estas obligaciones de los Estados Miembros reviste una importancia clave en el caso de las personas LGTBI, las cuales tienen derecho a acceder a los más altos estándares de salud física y mental en condiciones de igualdad (Principios de Yogyakarta núm. 17). Con frecuencia, la situación de discriminación y exclusión en la que se encuentran restringe gravemente el ejercicio por estas personas de su derecho a la salud (ACNUDH, 2015, §50-54), y

en especial, a la salud sexual y reproductiva (ECOSOC, 2016, §2). Como consecuencia, a menudo se ven expuestas a un mayor riesgo de contraer infecciones de transmisión sexual y desconfían del personal sanitario (IESOGI, 2018, §53). Dentro de este grupo, atender las necesidades específicas de las personas trans reviste una importancia esencial, sobre todo cuando son sometidas a un régimen de internamiento (Principios de Yogyakarta núm. 9). Y ello no sólo porque la discriminación que sufren las expone en mayor medida que al resto de personas LGTBI a los riesgos descritos, sino porque pueden requerir de una asistencia sanitaria muy específica a causa del proceso de transición hacia el género con el que se identifican.

Desde 2019, la Organización Mundial de la Salud ha dejado de considerar la "discordancia de género" -que define como la falta de coincidencia entre el sexo asignado al nacer y la identidad de género- como un trastorno mental, para clasificarla como una "condición relacionada con la salud sexual" (OMS, 2019). Aunque se trata de un importante avance en la despatologización de las identidades trans -reivindicación clásica del movimiento LGTBI en general[13] y del activismo trans en particular (GARCÍA, 2020)- la inclusión en una categoría denominada "condiciones relacionadas con la salud sexual" y la utilización del término "discordancia de género" siguen siendo consideradas erróneas y estigmatizadoras (IESOGI, 2018, §10-16).

Como recogió el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, los diagnósticos de salud mental utilizados para equiparar las identidades de las personas LGTBI a enfermedades agravan la discriminación y el estigma al que se ven sometidas (CDH, 2018, §48). Por tanto, debe subrayarse que las personas trans no son personas enfermas. Sin embargo, la angustia que puede producirles por la discrepancia existente entre su identidad de género y su sexo asignado al nacer sí puede requerir una atención médica o psicológica específica (COLEMAN, 2012, pp. 5 y 6). Esta atención debe ser individualizada, y puede incluir cambios en la expresión de género, terapia hormonal, cirugías para cambiar las características sexuales primarias o secundarias (como los senos, los genitales o el contorno corporal) y/o psicoterapia. En lo que respecta a las condiciones de acogida que deben garantizarse a las personas trans solicitantes de asilo para atender correctamente sus necesidades particulares, deben destacarse tres (TGEU, 2018):

13 Como muestra, por ejemplo, la conmemoración del Día Internacional por la Despatologización Trans todos los 21 de octubre *vid.* HRW, 2017-2.

el apoyo psicosocial trans-específico, la continuación de una terapia hormonal ya iniciada y los cuidados posteriores a una cirugía de reasignación de sexo.

Aplicando lo dispuesto en los artículos 11.1 y 19.2 de la Directiva de Acogida, la salud psíquica de las personas trans, en tanto que solicitantes de asilo con necesidades particulares, debe ser una prioridad de las autoridades nacionales. Con este fin, se debe prestar una atención psicológica adecuada a través de personal formado específicamente en esas necesidades específicas que les ayuden a superar posibles experiencias traumáticas provocadas por la transfobia, a evitar el aislamiento al que se suelen ver abocadas las personas trans en los contextos de asilo, a estabilizar su bienestar psicológico, a prevenir posibles ideas suicidas o la dependencia de sustancias y a asistirles en el desarrollo de su identidad de género para evitar la automedicación (TGEU 2018).

En el caso de solicitantes de asilo que hayan iniciado una terapia hormonal, su continuación es fundamental para garantizar una atención sanitaria adecuada a las personas trans solicitantes de asilo, especialmente las que hayan sido internadas (APT, 2018, p. 90). Las terapias de reemplazo hormonal (TRH) ayudan a las personas trans que así lo necesitan a modificar su cuerpo. Muchas pueden haberla iniciado con anterioridad a llegar al país de acogida, bien bajo supervisión médica, bien a través la automedicación con hormonas obtenidas en el mercado negro (TGEU, 2018). La interrupción de estas terapias puede tener consecuencias muy graves para la salud física -como el desarrollo de osteoporosis (GOOREN, 2011, p. 1253) - y mental. Las investigaciones apuntan a que las TRH reducen el riesgo de sufrir depresión, ansiedad, tendencias suicidas, alcoholismo o drogadicción de las personas trans (COLIZZI *et al*, 2014; WILSON *et al*., 2015), una tendencia que se invierte con fuerza cuando, al interrumpir el tratamiento, los cambios corporales comienzan a revertirse (TGEU 2018). Con el fin de garantizar la continuidad de estos tratamientos, son imprescindibles tanto el desarrollo de protocolos y directrices en este sentido como la formación específica a los proveedores de salud, pues la falta de conocimientos provoca en el personal sanitario inseguridad y falta de voluntad para suministrar las TRH (SHIRES *et al.,* 2018).

Finalmente, la obligación de proporcionar cuidados de urgencia y tratamiento básico de enfermedades (art. 19.1 Directiva de acogida) obligaría a los Estados Miembros a prestar la asistencia sanitaria precisa para el tratamiento posterior a una cirugía de reafirmación del género (también llamada de reasignación del sexo), es decir, a aquellas intervención quirúrgica que busca modificar las características sexuales primarias y secundarias para que coincidan

con aquellas normalmente asociadas a una identidad de género concreta (COLEMAN *et al.,* 2012, pp. 5 y 6). Estos cuidados posoperatorios incluyen todos aquellos que sean necesarios para tratar las posibles complicaciones derivadas de la cirugía, como incontinencia, sangrado, inflamación, etc. -especialmente si ésta no se ha realizado en las condiciones higiénicas y sanitarias óptimas[14]- además de la continuación de las TRH y asistencia psicológica precisa, en su caso. Aunque las cirugías de reafirmación del género suelen tener resultados muy beneficiosos para las personas trans que las necesitan, el periodo posoperatorio resulta especialmente complicado para su salud mental, existiendo un elevado riesgo de ansiedad y depresión (TOLLINCHE *et al.*, 2018).

A pesar de lo crucial que puede llegar a ser el acceso a estas modalidades de asistencia sanitaria para las personas trans, la realidad es que los Estados Miembros rara vez lo facilitan. De acuerdo con el informe de 2017 de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, las TRH sería accesibles con cierta normalidad solamente en algunos Estados como España, Finlandia o Países Bajos, mientras que sería bastante más complejo en Suecia, Dinamarca o Austria y prácticamente imposible en Grecia, Hungría o Polonia (FRA, 2017, p. 14). La recrudecida ofensiva contra los derechos de las personas trans que actualmente se desarrolla en varios países de Europa no augura progresos en esta cuestión. Especialmente preocupante es el caso de Hungría, donde el gobierno de Viktor Orban ha convertido el reconocimiento legal del género en una tarea casi imposible[15], incumpliendo así con la jurisprudencia del TEDH[16].

5. Las familias LGTBI solicitantes de asilo

Para la mayoría de las personas que buscan refugio fuera de sus países de origen, permanecer junto a sus familias es una prioridad básica (HATHAWAY, 2005, p.533); sin embargo, en su huida se enfrentan a un "muy probable riesgo de

[14] Como sería el caso de algunas personas trans que, al estar sometidas a un régimen de internamiento y sin la atención que su salud física y psíquica requieren, acaban por realizarse a sí mismas la cirugía, con resultados muy perjudiciales para su integridad física y psíquica e, incluso, arriesgando sus vidas (BROWN, 2010).

[15] Como criticó, entre otras instituciones internacionales y organizaciones de la sociedad civil, el Parlamento Europeo *vid.* PE, 2020, §48.

[16] Lo que le valió en 2020 una condena del Tribunal de Estrasburgo por carecer de mecanismos de reconocimiento legal del género para las personas trans refugiadas -que no solicitantes de asilo-, *Vid. Rana v. Hungary,* núm. 40888/17, de 16 de julio de 2020.

separarse" de ella (JASTRAM, NEWLAND, 2010, p. 616). La separación de las familias afecta de manera muy grave a sus miembros (NICHOLSON, 2018, p. 1), mientras que conservarla unida facilita que se garantice su seguridad, protección, bienestar emocional y sustento económico (ACNUR, 2016). Por esta razón, y a pesar del silencio que guarda al respecto la Convención de Ginebra de 1951, la Conferencia de Plenipotenciarios que la redactó incluyó en su Acta Final un llamamiento a los Estados a proteger la unidad familiar como un "derecho esencial del refugiado" (ONU, 1952). Este principio refleja el derecho humano al respeto a la vida familiar, consagrado en los más importantes tratados universales de derechos humanos, así como, en el ámbito regional europeo, en el artículo 8 CEDH y el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF).

Como consecuencia, la normativa del SECA contiene numerosas disposiciones encaminadas a mantener la unidad familiar. Por ejemplo, el artículo 23 de la Directiva de reconocimiento establece que los Estados velarán por mantenerla, lo que se traduce en que los familiares de una persona beneficiaria de algún estatuto de protección internacional tendrán derecho a las prestaciones contenidas en los artículos 24 a 35, aun cuando no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicha protección y siempre que ello sea compatible con la condición jurídica personal del beneficiario. Sin embargo, es en el Reglamento de Dublín y en la Directiva de acogida donde se establecen más normas protectoras del principio de unidad familiar.

Así, el Reglamento de Dublín consagra tal principio como una "consideración primordial" de los Estados Miembros (Considerando 14 Reglamento de Dublín), autorizándoles a no aplicar los criterios de Dublín en caso de que sea la decisión más beneficiosa para mantener a las familias juntas (Considerando 15 Reglamento de Dublín). Además, varios de dichos criterios tienen en cuenta la situación familiar del solicitante (arts. 8 a 11 Reglamento de Dublín); en el caso de menores acompañados de un familiar, sus solicitudes serán siempre indisociables de las de su pariente (art. 20 Reglamento de Dublín).

También la Directiva de acogida debe ser aplicada garantizando el cumplimiento íntegro del principio de unidad familiar (Considerando 9 Directiva de acogida). Ello implica que la Directiva debe ser aplicada a los familiares del solicitante de asilo si quedan cubiertos por su solicitud conforme al Derecho nacional (art. 3.1 Directiva de acogida) y que los Estados Miembros estén obligados a garantizar el contacto con los solicitantes sometidos a un régimen de internamiento (art. 10.4 Directiva de acogida). En lo que respecta al alojamiento,

deben garantizar el respeto de la vida familiar, permitir el acceso de sus familiares al alojamiento del solicitante y velar porque los adultos dependientes permanezcan con sus parientes (art. 18 Directiva de acogida), además de facilitar un alojamiento separado a las familias para garantizar una intimidad adecuada (art. 11.4 Directiva de acogida).

En definitiva, el Sistema Europeo Común de Asilo incluye numerosas previsiones con consecuencias muy relevantes para las familias de los solicitantes de asilo y para su derecho al respeto de la vida familiar. Sin embargo, cabe preguntarse si las garantías contenidas en las mismas son aplicables a las personas LGTBI solicitantes de asilo y, en particular, a las familias formadas por parejas del mismo género. Con este fin, es preciso concretar qué concepto de familia resulta aplicable en el Sistema Europeo Común de Asilo a estas parejas. Las definiciones contenidas en los artículos 2 g) del Reglamento de Dublín, 2 j) de la Directiva de reconocimiento y 2 c) de la Directiva de acogida tienen una estructura similar.

En primer lugar, serán considerados "miembros de la familia" a efectos del SECA aquellos que se encuentren en el mismo Estado Miembro (en el caso de las Directivas de acogida y reconocimiento) o en el territorio de los Estados Miembros (en el Reglamento de Dublín). En segundo lugar, únicamente se tendrán en consideración aquellas relaciones familiares que existieran en el país de origen del solicitante, una restricción poco razonable teniendo en cuenta los a menudo prolongados periodos de tiempo que pueden pasar entre que el solicitante sale de su país de origen y pide en asilo en un Estado Miembro. En tercer lugar, serán considerados "miembros de la familia" el cónyuge o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable (Directiva de reconocimiento y Reglamento de Dublín) o duradera (Directiva de acogida)[17], siempre que en el Estado Miembro en cuestión las parejas no casadas reciban un trato similar (Directiva de acogida) o comparable (Directiva de reconocimiento y Reglamento de Dublín)[18] a las casadas

[17] Esta inconsistencia entre "estable" y "duradera" se debe con toda probabilidad a una deficiente traducción al castellano, pues las versiones en inglés ("stable"), francés ("stable") e italiano ("stabile"), por señalar algunas, son idénticas entre sí.

[18] En este caso, no parece que la diferencia se deba a la traducción. Mientras que en inglés se utiliza "comparable" en los tres textos normativos, en francés ("comparable" y "assimile") e italiano sí que se utilizan dos términos diversos ("equipara" y "assimili"). Entendemos que no se tratan de divergencias lo suficientemente importantes como para cambiar el significado, pues no afectarían en ningún caso a la estructura general y la finalidad de la norma (*Vid.* Sentencia de 17 de marzo de 2016, *Kødbranchens Fællesråd*, C-112/15, EU:C:2016:185, §36; Sentencia de 28 de julio de 2016, *Città Metropolitana di Bari, anteriormente Provincia di Bari, contra Edilizia Mastrodonato Srl.*, C-147/15,

con arreglo a su normativa sobre los nacionales de terceros países. Además de estos elementos, estas definiciones comparten una característica: son neutras en cuanto al género de los miembros de la pareja, lo que deja *a priori* la consideración de las parejas del mismo género como "familia" a la discrecionalidad de los Estados Miembros (DEL GUERCIO, 2018, p. 65), lo cual puede impedir potencialmente el acceso de las personas LGTBI a las garantías protectoras de la unidad familiar (FERREIRA *et al.*, 2018, p. 18). Esta posición contrasta con la adoptada por el ACNUR, que menciona en sus Estándares de Procedimiento expresamente a las parejas estables del mismo género como "miembros cercanos de la familia", un término con el que hace referencia a aquellos respecto de los cuales se presume una dependencia social, emocional o económica con el solicitante (ACNUR 2016, p. 4).

En nuestra opinión, una interpretación de las definiciones de familia del SECA que excluya a las parejas entre personas del mismo género no sería compatible con la Carta de Derechos Fundamentales. De acuerdo con jurisprudencia asentada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 CEDH, las parejas estables formadas por personas del mismo género tienen derecho a que se respete tanto su vida privada como su vida familiar, de la misma forma que a las parejas heterosexuales[19]. En lo que respecta a la estabilidad exigible de la pareja, el TEDH ha declarado que incluso aquellas que no convivan juntas por motivos laborales, sociales[20] o como consecuencia de la política migratoria del Estado[21] comparten una vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH. Además, el respeto a este derecho exige que los Estados reconozcan y protejan legalmente a estas parejas[22], si bien el TEDH ha dejado igualmente asentado que, de momento, no incluye una obligación de permitir el

ECLI:EU:C:2016:606, §29); Sentencia de 26 de abril de 2017, *Costin Popescu contra Guvernul României y otros*, C-632/15, ECLI:EU:C:2017:303, §35).

[19] *Schalk and Kopf v. Austria,* núm. 30141/04, de 24 de junio de 2010,§94; *P.B. & J.S v. Austria,* núm. 18984/02, de 22 de julio de 2010, §30; *X and others v. Austria*, núm. 19010/07, de 19 de abril de 2013, §95; *Pajić v. Croatia,* 68453/13, de 23 de febrero de 2016, §63-64.

[20] *Vallianatos and others v. Greece*, núm. 29381/09 y 32684/09, de 7 de noviembre de 2013, §73.

[21] *Pajić v. Croatia*, §65-67.

[22] *Oliari and others v. Italy,* núm. 18766/11 y 36030/11, de 21 de julio de 2015; *Orlandi and others v. Italy,* núm. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12, de 14 de diciembre de 2017.

matrimonio entre personas del mismo género (D'AMICO, 2015; WINKLER, 2016; POPPELWELL-SCEVAK, 2018).

Siguiendo las Explicaciones de la CDF, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 CEDH resulta aplicable al artículo 7 CDF[23]. A la luz de ésta, ha declarado en su Sentencia sobre el caso *Coman* que el término "cónyuge" está estrechamente vinculado al respeto a la vida privada y familiar[24], y debe ser interpretado como "neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo género"[25]. Si bien el caso *Coman* se enmarca en la libertad de circulación inherente a la ciudadanía de la Unión, consideramos que esta interpretación sobre el término "cónyuge" puede (y debe) ser incorporada por analogía al SECA.

Como expone el Abogado General Melchior Wathelet en sus Conclusiones sobre el caso *Coman*[26], es jurisprudencia reiterada del TJUE que los principios de igualdad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión exigen por lo general una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión de aquellas disposiciones que no remitan expresamente al Derecho de los Estados Miembros para determinar su sentido y alcance[27]. Dicha interpretación debe tener en cuenta tanto el tenor de la disposición como su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte[28]. Al igual que en la Directiva objeto de interpretación en el caso *Coman*[29], el término "cónyuge" aparece en las Directivas de reconocimiento y acogida y en el Reglamento de Dublín sin ninguna remisión al Derecho de los Estados Miembros. Por tanto, requiere de una interpretación

[23] Sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, ("Coman") §50.

[24] *Coman,* §48.

[25] *Coman*, §35.

[26] Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2, §34.

[27] Sentencia de 10 de diciembre de 2015, *Florin Lazar contra Allianz SpA,* C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802, §21; Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, §28.

[28] Sentencia de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo Co. Ltd / BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, C-24/16 y C-25/16 ECLI:EU:C:2017:724, §70.

[29] Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *DOUE* L 158, de 30 de abril de 2004, pp. 77-123.

autónoma y uniforme en toda la Unión. En aras de garantizar el respeto a la vida privada y familiar, debe incluir necesariamente a las parejas casadas del mismo género, aplicándose por analogía la interpretación aplicable en el contexto de la libertad de circulación. Una interpretación diferente vulneraría unos derechos que, tanto el artículo 8 CEDH como el 7 CDF, reconocen a "toda persona".

En lo que respecta a las parejas estables del mismo género no casadas, la argumentación no puede ser la misma, pues "cónyuge" designa a las personas unidas en matrimonio[30]. Sin embargo, consideramos que también debe entenderse aplicable a estas familias. En primer lugar, porque la jurisprudencia del TEDH relativa al respeto a la vida privada y familiar que se ha expuesto así lo reconoce. En segundo lugar, porque privar a las parejas del mismo género de las garantías previstas para los miembros de la familia en el SECA sería un trato diferenciado basado únicamente en la orientación sexual y, por tanto, constituiría una discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH y el artículo 21 CDF[31].

Como se ha apuntado, la relevancia de considerar a las parejas formadas por personas del mismo género -casadas o no- como familia a efectos del SECA es enorme. En el contexto del sistema de Dublín, se trata de una cuestión de la que puede depender la tramitación de las solicitudes de asilo de ambos miembros de la pareja por el mismo o por distintos Estados Miembros, con la consiguiente separación de ambos y ruptura de la unidad familiar en el segundo caso. También reviste una importancia decisiva en la acogida y, muy especialmente, en el internamiento, pues los Estados Miembros deben facilitar a las familias internadas un alojamiento separado que garantice su intimidad (art. 11.4 Directiva de acogida). En el caso de una pareja de personas del mismo género, esto puede suponer la diferencia entre ser acogido en un espacio seguro o verse expuesto a riesgos significativos para su integridad física y moral, al obligarles a optar entre ejercer su derecho a la vida privada y familiar junto a su pareja o reprimirla para evitar sufrir las consecuencias de la visibilidad. Según la Agencia de Derechos Fundamentales, se han dado casos de parejas formadas por dos hombres que han sido alojadas en módulos de hombres solteros, mientras las parejas heterosexuales disponían de un módulo específico, más privado (FRA 2017, p. 11). La falta de

[30] *Coman*, §34, refiriéndose a la sentencia de 25 de julio de 2008, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, §98-99.

[31] *Salgueiro da Silva Mouta*, §36.; *X and others v. Austria*, §99; *Vallianatos and others v. Greece*, §77; *Pajić v. Croatia*, §59.

intimidad coloca a las parejas del mismo género en una cruel disyuntiva, al obligarles a decidir entre ocultar importantes esferas de su personalidad -como su orientación sexual o su vida familiar- o arriesgarse a sufrir en sus cuerpos las consecuencias de ser visibles.

Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos profundizado en la respuesta que el Derecho de la Unión, interpretado desde una perspectiva centrada en la protección de las personas LGTBI solicitantes de asilo, ofrece ante la situación de especial vulnerabilidad en la que se halla inmerso este colectivo. La panorámica que hemos dibujado no es optimista: ni los instrumentos del SECA ni la práctica de los Estados miembros muestra un interés suficiente por garantizar las necesidades específicas de las personas LGTBI solicitantes de asilo. No es una cuestión baladí. De que se garanticen o no las necesidades de acogida particulares de este colectivo dependen sus derechos humanos a la vida, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a la salud o al respeto de la vida privada y familiar. Sin embargo, ni uno solo de los problemas que hemos evaluado ha encontrado una solución mínimamente satisfactoria y unitaria. Dadas las enormes diferencias de criterio entre los Estados miembros de la Unión, parece que solo a través de una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo que realmente ponga en el centro a las personas LGTBI podría obtenerse algún avance. La Unión y los Estados deben cumplir con sus obligaciones derivadas tanto del Convenio Europeo de Derechos Humanos como del Derecho de la Unión. Solo así lograremos una Unión Europea que verdaderamente respete la dignidad humana, la libertad, la igualdad y los derechos humanos, cumpliendo así con los valores que sustentan nuestro proyecto en común.

REFERENCIAS

ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015, Documento A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.

ACNUR, *Detention guidelines – guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, 2012.

ACNUR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's mandate no. 5 – processing claims based on the right to family unity,* Ginebra: ACNUR, 2016.

ARNARDÓTTIR, O.M., "Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights – Innovation or Business as Usual?", *Oslo Law Review*, Vol. 4-3, 2017, pp. 150-171.

APT, *Towards the Effective Protection of LGBTI Persons Deprived of Liberty: a monitoring guide, Ginebra: Asociación para la Prevención de la Tortura*, 2018, p. 127.

BLOOMFIELD, A., "Alternatives to detention at a crossroads: humanization or criminalization", *Refugee Survey Quarterly,* Vol. 35, 2016, pp. 29-46.

BROWN, G., "Autocastration and autopenectomy as surgical selftreatment in incarcerated persons with gender identity disorder", *International Journal of Transgenderism,* Vol. 12-1, 2010, pp. 31-39.

CDH, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Documento A/HRC/35/21, de 28 de marzo de 2018.

COE, "Open minds are needed to improve the protection of LGTBI asylum seekers in Europe", *Human Rights Comment*, Commissioner of Human Rights, 2018.

COLEMAN E., et al., *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, World Professional Association for Transgender Health, 2012.

COLIZZI, M.; COSTA, R.; TODARELLO, O., "Transsexual patients' psychiatric comorbidity and positive effect of cross-sex hormonal treatment on mental health: results from a longitudinal study", *Psychoneuroendocrinology,* Vol. 39, 2014, pp. 65-73.

COSTELLO, C.; MOUZOURAKIS, M., "EU Law and the detainability of asylum-seekers", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, 2016, pp. 47-73.

D'AMICO, M., "Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei", *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 2-2, 2015, p. 151-162.

DEL GUERCIO, A., "Quali garanzie per il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso?", *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, pp. 59-73.

DUSTIN, M.; HELD, N., "In or out? A Queer Intersectional Approach to 'Particular Social Group' Membership and Credibility in SOGI asylum

claims in Germany and the UK", *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, pp. 74-87.

EASO, *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, 2019.

ECOSOC, *Observación General núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* Documento E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016.

HRW, *Transgender activists fight historical mental health diagnosis – international day of solidarity marks progress, challenges*, 21 de octubre de 2017, <https://www.hrw.org/news/2017/10/21/transgender-activists-fight-historical-mental-health-diagnosis>, último acceso: 07 ene 2021, 18:30.

ECRE, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, 2017.

ECRE, *The detention of asylum seekers in Europe – constructed on shaky ground?,* 2017.

FERREIRA, N., "Reforming the Common European Asylum System: enough rainbow for queer asylum seekers?", *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 5-2, 2018, p. 9-24.

FERREIRA, N.; DANISI, C.; DUSTIN, M.; HELD, N., The reform of the Common European Asylum System: fifteen recommendations from a sexual orientation and gender identity perspective, 2018, <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/76321/>, último acceso: 07 ene 2021, 17:50.

GARCÍA, R.M., "¿Disforia de género? Una perspectiva trans y queer", *Rebelión Feminista,* 31 de marzo de 2020, <https://rebelionfeminista.org/2020/03/31/disforia-de-genero-una-perspectiva-trans-y-queer/>, último acceso: 07 ene 2021, 18:00.

FLYNN, M., "Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 31, 2012, pp. 40-68.

FRA, *Current migration situation in the EU: lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers*, 2017.

GOOREN, L., "Care of transexual persons", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 364, 2011, pp. 1251-1257.

HAILBRONNER, K., "Detention of asylum seekers", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, 2007, pp. 159-172.

HATHAWAY, J.C., *The rights of refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HRW, *España: Solicitantes de asilo LGBT sufren abusos en enclave del norte de África*, 2017.

HRW, *We Went to a US Border Detention Center for Children. What We Saw was Awful*, 24 de junio de 2019.

IESOGI, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, Documento A/HRC/38/43, 11 de mayo de 2018.

ILGA, *Protecting the rights of LGTBI asylum-seekers and refugees in the reform of the Common European Asylum System,* diciembre de 2016.

JAKULEVICIENE, L., "Vulnerable persons as a new sub-group of asylum seekers?, en CHETAIL, V.; DE BRUYCKER, P.; MAIANI, F., *Reforming the Common European Asylum System – the new European Refugee Law*, Brill/Nihoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 353-375.

JANSEN, S., *Good practices related to LGBTI asylum applicants in Europe*, ILGA, 2014.

JASTRAM, K.; NEWLAND, K., "La unidad familiar y la protección de los refugiados", en FELLER, E.; TÜRK, V. & NICHOLSON, F., *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional: Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ACNUR, 2010.

KIF-KIF, *Madrid inaugura su primer recurso residencial para personas refugiadas LGTBI*, 12 de abril de 2019 <https://kifkif.info/madrid-inaugura-su-primer-recurso-residencial-para-personas-refugiadas-lgtbi/>, último acceso: 07 ene 2021, 18:20.

LA BARBERA, M., "La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* Vol. 62, 2019, pp. 235-257.

LEGOMSKY, S., "The new path of immigration Law: asymmetric incorporation of criminal justice norms", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 64-2, 2007, pp. 469-528.

MATEVZIC, G., *Crossing a red line – how EU countries undermine the right to liberty by expanding the use of detention of asylum seekers upon entry: case studies on Bulgaria, Greece, Hungary and Italy*, Budapest: Hungarian Helsinki Committee, 2019.

NICHOLSON, F., *The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied*, Ginebra: ACNUR, 2018.

O'NIONS, H., "The right to liberty: the detention of asylum seekers for administrative convenience", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, 2008, pp. 149-185.

OMS, *Clasificación internacional de enfermedades CIE-11*, 2019, <ht tps://icd.who.int/es/>, último acceso: 07 ene 2021, 18:50.

ONU, *Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*, Documento A/CONF.2/108/Rev.1, de 26 de noviembre de 1952.

PE, *European Parliament resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences (2020/2616(RSP),* 17 de abril de 2020.

PEÑA DÍAZ, *La lucha que no cesa: los derechos del colectivo LGTBI como derechos humanos, Valencia*: Tirant Lo Blanch, 2018.

PEÑA DÍAZ, "Principios de Yogyakarta: el poder de lo débil", *Queerídico*, 22 de julio de 2020, <https://queeridico.es/que-son-los-principios-de-yogyakarta/>, último acceso: 07 ene 2021, 17:20.

PERONI, L.; TIMMER, A., "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", *International Journal of Constitucional Law*, Vol. 11-4, 2013, pp. 1056-1085.

PETIN, J., "Exploring the role of vulnerability in immigration detention", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35-1, 2016, pp. 1-18.

POPPELWELL-SCEVAK, C., "Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages", *Strasbourg Observes*, 2 de febrero de 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/#more-4088> último acceso: 07 ene 2021, 18:35.

SHIRES, D., *et al.,* "Primary care providers' willingness to continue gender-affirming hormone therapy for transgender patients", *Family Practice,* Vol. 35-5, 2018, pp. 576-581.

TGEU, *Trans-specific healthcare in reception conditions*, Berlín: Transgender Europe, 2018, <https://tgeu.org/trans-healthcare-in-asylum-reception-conditions/> último acceso: 07 ene 2021, 18:30.

TOLLINCHE, L., *et. al.*, "The perioperative care of the transgender patient", *Anesthesia & Analgesia*, Vol. 127-2, 2018, pp. 359-366.

VENTURI, D., "The potential of a vulnerability-based approach: some additional reflections following O.M. v Hungary", *Strasbourg Observes,* 25 de octubre de 2016, <https://strasbourgobservers.com/2016/10/25/the-potential-of-a-vulnerability-based-approach-some-additional-reflections-following-o-m-v-hungary/> ultimo acceso: 07 ene 2021 19:00.

WILSON, E., *et al.,* "Connecting the dots: examining transgender women's utilization of transition-related medical care and associations with mental health, substance use, and HIV**",** *Journal of Urban Health,* Vol. 92-1, 2015, pp. 182-192.

WINKLER, M., "Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia", *GenIUS -- Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, Vol. 3-2, 2016, p. 46-61.

WRIGGINS, J., "Towards a feminist revision of torts", *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 13-1, 2005, pp. 139-159.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Alejos Kiss v. Hungary, núm. 38832/06, de 20 de mayo de 2010.

Chapman v. the United Kingdom [GC], núm. 27238/95, de 18 de enero de 2001.

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], núm. 57325/00, de 5 de febrero de 2015.

Horváth and Kiss v. Hungary, núm. 11146/11, de 29 de enero de 2013.

Identoba v. Georgia, núm. 73235/12, , de 12 de mayo de 2015.

Kiyutin v. Russia, núm. 2700/10, de 10 de marzo de 2011.

M.S.S. v. Belgium and Greece, núm. 30696/09, de 21 de enero de 2011.

O.M. v. Hungary, núm. 9912/15, de 5 de julio de 2016.

Oliari and others v. Italy, núm. 18766/11 y 36030/11, de 21 de julio de 2015.

Orlandi and others v. Italy, núm. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12, de 14 de diciembre de 2017.

P.B. & J.S v. Austria, núm. 18984/02, de 22 de julio de 2010.

Pajić v. Croatia, 68453/13, de 23 de febrero de 2016.

Rana v. Hungary, núm. 40888/17, de 16 de julio de 2020.

Saadi v. the United Kingdom, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008.

Schalk and Kopf v. Austria, núm. 30141/04, de 24 de junio de 2010.

Sharifi et autres c. Italie et Grèce, núm. 16643/09, de 21 de octubre de 2014.

Suso Musa v. Malta, núm. 42337/12, de 23 de julio de 2013.

Vallianatos and others v. Greece, núm. 29381/09 y 32684/09, de 7 de noviembre de 2013.

X and others v. Austria, núm. 19010/07, de 19 de abril de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 25 de julio de 2008, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449.

Sentencia de 10 de diciembre de 2015, *Florin Lazar contra Allianz SpA*, C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802.

Sentencia de 17 de marzo de 2016, *Kødbranchens Fællesråd*, C-112/15, EU:C:2016:185.

Sentencia de 28 de julio de 2016, *Città Metropolitana di Bari, anteriormente Provincia di Bari, contra Edilizia Mastrodonato Srl.*, C-147/15, ECLI:EU:C:2016:606.

Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774.

Sentencia de 26 de abril de 2017, *Costin Popescu contra Guvernul României y otros*, C-632/15, ECLI:EU:C:2017:303.

Sentencia de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo Co. Ltd / BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, C-24/16 y C-25/16, ECLI:EU:C:2017:724.

Sentencia de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne,* C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

GT 03

Retos en materia de seguridad y defensa en América Latina y en la Unión Europea

COORDINACIÓN:
David García Cantalapiedra (UCM y UNISCI), Maribel Nieto Fernández (UCM y UNISCI) y Antón Lois Fernández Álvarez (UVigo)

DESCRIPCIÓN: América Latina y la UE son socios fundamentales que han logrado acuerdos multilaterales históricos, integrado sus economías, comparten valores e intereses y ello se pone de relieve en la reciente Comunicación Conjunta de la A. R. y la Comisión Europea titulada "La UE, América Latina y el Caribe: Aunar fuerzas para un futuro mejor", de 16 de abril de 2019. Sin embargo, deberían colaborar más estrechamente en el marco multilateral, especialmente en las Naciones Unidas y en la OMC, en particular cuando se trata de hacer frente a desafíos actuales como construir sociedades más resilientes, preservar y promover la paz y la seguridad, el multilateralismo eficaz y un orden internacional basado en normas y en el diálogo. Afianzar la realización de la Asociación Estratégica Birregional entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe que se puso en marcha en junio de 1999 para reforzar las relaciones entre ambas regiones será uno de los objetivos principales de este grupo de trabajo, así como examinar por qué el nuevo escenario geopolítico podría reforzar la región ALC como prioridad y oportunidad estratégica para la política exterior de la UE. Del mismo modo, serán objeto de estudio los cambios geoestratégicos: vínculos más fuertes con Asia, preferentemente con China y la India, Japón y Corea del Sur, así como el papel de otras potencias: Rusia –con una audaz política exterior en la zona.

EL DESAFÍO DEL APOYO EUROPEO A LA PAZ EN COLOMBIA: balance en materia de seguridad a los cuatro años de la firma del Acuerdo de paz

Déborah Presta Novello
Universitat Oberta de Catalunya, Universidad de Lleida
Profesora colaboradora, Departamento de Derecho Público, Lleida, España,
deborah.presta@udl.cat

Resumen: La Unión Europea ha mostrado un profundo interés en promover la paz y la seguridad en Colombia. Las relaciones entre la UE y este país se han mantenido a lo largo del tiempo, asumiendo diversas dinámicas y logrando sinergias que han fortalecido los vínculos entre ambos. El objeto del presente trabajo pretende poner de manifiesto, tanto la importancia de esta cooperación, como el desafío que supone para el bloque europeo apoyar la implementación de la paz en Colombia, en un contexto en el que la estabilidad y la seguridad se deterioran progresivamente. En primer lugar, se profundiza sobre el acompañamiento europeo en la búsqueda de la paz en Colombia a lo largo de los años de conflicto, durante la firma del Acuerdo de paz y en la posterior implementación del Acuerdo. En segundo lugar, se expone el apoyo político y económico de la UE a través del Fondo Europeo para la Paz en Colombia. En tercer lugar, se pone de manifiesto la situación de inseguridad que permanece en el país tras cuatro años de la firma del Acuerdo de paz. Finalmente, concluimos aseverando la importancia y necesidad de la cooperación europea en Colombia, a la vez que destacamos la urgencia de medidas gubernamentales más eficaces para frenar la escalada de violencia e inseguridad que persisten en el país.

Palabras-clave: Colombia; conflicto armado; construcción de la paz; Fondo europeo para la paz; crisis de seguridad.

Abstract: The European Union has shown a deep interest in promoting peace and security in Colombia. Relations between the EU and this country have been maintained over time, assuming various dynamics and achieving synergies that have strengthened links between both. The purpose of this paper is to highlight both the importance of this cooperation and the challenge for the European block to support the implementation of peace in Colombia, in a context in which stability and security are progressively deteriorating. First of all, we delve into European accompaniment in the search for peace in Colombia throughout the years of conflict, during the signing of the Peace Agreement and in the subsequent implementations of the Agreement. Secondly, the EU's political and economic support through the European Fund for Peace in Colombia is exposed. Thirdly, the situation of insecurity that remains in the country four years after the signing

of the Peace Agreement is revealed. Finally, we conclude by stating the importance and need for European cooperation in Colombia, while highlighting the urgency of more effective government measures to stop the escalation of violence and security that persist in the country.

Key-Words: Colombia; armed conflict; peacebuilding; the European Trust Fund; security crisis.

INTRODUCCIÓN

Colombia ha sufrido un conflicto armado interno durante más de medio siglo. El núcleo existencial del conflicto se ha considerado de carácter agrario, y su complejidad y diversidad han llevado a la imposibilidad durante muchos años, y muchos gobiernos, de llegar a una solución negociada que le ponga fin.

La presencia de la Unión Europea en el territorio colombiano ha sido visible desde los primeros intentos de negociación entre los grupos armados ilegales y el Gobierno de Colombia. Es por ello que resulta interesante realizar un análisis de las relaciones de la Unión con el país durante el conflicto, así como de su papel durante las negociaciones de los Acuerdos de La Habana y, en especial, su cooperación económica al posconflicto.

En septiembre de 2016, la firma del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre el Gobierno colombiano y las FARC*,* también conocido como los Acuerdos de La Habana, supuso un momento histórico de grandes repercusiones a nivel nacional e internacional. La Unión Europea, como actor internacional, facilitó el proceso de negociación y de implementación del Acuerdo de paz, a la vez que lo legitimó internacionalmente y entre las mismas partes del conflicto.

Una vez se logró llegar a una salida negociada del conflicto armado más largo de América Latina, empezó otro gran reto, implementar lo pactado y así materializar la construcción de la paz. El éxito de esta implementación depende de innumerables factores, y en un mundo globalizado, la cooperación internacional institucionalizada deviene una pieza clave para lograr que se cumplan los objetivos marcados.

Creemos que, en estos momentos, apoyar la implementación de la paz en Colombia supone un gran reto para la Unión Europea. Al mismo tiempo, queremos destacar la importancia de esta cooperación en un contexto en el que la estabilidad y la seguridad se deterioran progresivamente. En efecto, cuatro años

después de la firma del Acuerdo de paz, la crisis de seguridad que asola de nuevo Colombia amenaza una vez más con eliminar las esperanzas de paz y estabilidad que tanto necesita el país. El objetivo principal del presente trabajo es poner de manifiesto el desafío del apoyo europeo a la paz en Colombia.

Para ello, haremos un recorrido por las relaciones históricas entre la UE y Colombia para conocer el contexto en el que se ha venido desarrollando esta cooperación y el papel que ha jugado esta organización internacional en la consecución del Acuerdo. Seguidamente, en el marco del posconflicto colombiano, analizaremos la estrategia europea con la implementación de proyectos a través del Fondo Europeo para la Paz en Colombia. Finalmente, entendiendo que la seguridad debe abordarse como una dinámica global y compleja, valoraremos la situación de inseguridad que sufre Colombia tras cuatro años de aplicación de los Acuerdos de paz y las aportaciones de la UE para intentar frenar la escalada hacia un escenario de violencia e inestabilidad.

1. El acompañamiento europeo en la búsqueda de la paz en Colombia

La Unión Europea ha mantenido un diálogo político, comercial y de cooperación con Colombia, alcanzando acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales. Las relaciones bilaterales entre ambos actores se han venido trazando a lo largo de los años, potenciándose en esta reciente etapa histórica en la que se han firmado los Acuerdos de paz.

La UE ha evolucionado en su posición frente a las decisiones implementadas por Colombia en la resolución del conflicto armado interno. Cuando el país anunció el Plan Colombia en 1999, bajo la presidencia de Andrés Pastrana, y en colaboración con el entonces presidente estadounidense Bill Clinton, aquél pretendía reforzar la participación de la comunidad internacional en la pacificación e impulsar el acercamiento a la UE, buscando apoyo económico para su desarrollo. No obstante, la UE acogió con poco entusiasmo el Plan Colombia (ROY, 2002, p4).

En 2001, el Parlamento Europeo advirtió que el plan contenía aspectos que eran contrarios a las estrategias de cooperación y a proyectos ya comprometidos por la Unión Europea, y que, por lo tanto, ponían en peligro sus programas de cooperación. Del mismo modo insistía en que la intervención de la UE, en respuesta al plan militar a gran escala de los EEUU, debería seguir una estrategia propia no militarista, que conjugara neutralidad, transparencia,

participación de la sociedad civil y compromisos de los participantes en la mesa de negociación (PARLAMENTO EUROPEO, 2001).

Durante el año 2000 la UE ratificó su respaldo a los procesos de paz en Colombia con la creación de los Laboratorios de Paz, a través de ayudas a las reformas administrativo-judiciales y a la lucha contra la pobreza y los desplazamientos forzosos, y con un acuerdo básico de cooperación y asistencia técnico-económica. Los Laboratorios de Paz fueron un Instrumento de la política exterior de la UE que tenía como objetivo apoyar la construcción de paz territorial, con un enfoque en desarrollo rural. Se constituía con tales fines el Grupo de Apoyo al Proceso de Paz, que declaraba la no existencia de alternativas a la negociación y recomendaba adoptar políticas estructurales para mitigar las desigualdades, considerándolas como causa principal del conflicto (LILLO y SANTAMARÍA, 2009, p.299).

En un contexto de tensión tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, EEUU asumió una postura más dura frente al terrorismo y el narcotráfico, a pesar de lo cual, la UE mantuvo su actitud crítica frente al Plan Colombia y su intención de desvincularse de su vertiente militar, así como de proseguir su propia estrategia de negociación y reformas (SANZ, 2004, p.6). Durante esta época el Gobierno de Colombia suspendió las negociaciones con el ELN en 2001 y con las FARC-EP en 2002, hechos frente a los que la UE manifestó su total decepción. A pesar de ello, en una declaración oficial de la Presidencia del Consejo de la UE, se reafirma en su apoyo a una salida negociada que pudiera poner fin al conflicto armado interno (CONSEJO DE LA UE, 2006).

Con la presidencia de Álvaro Uribe, en mayo de 2002 se estableció una nueva Política de Defensa y Seguridad Democrática (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, 2003) y el Plan Patriota, una estrategia militar en colaboración otra vez con EEUU, con el objetivo de vencer a las FARC-EP (LEAL, 2006, pp.3-30). A principios de 2003 se conoció el Plan Nacional de Desarrollo, un documento de buenas intenciones con el objetivo inicial de brindar seguridad democrática. El plan se limitaba en esencia a lo militar, excluyendo buena parte de las instituciones estatales vinculadas a la función de seguridad (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2002).

En medio de este contexto, en 2002, el Consejo de la UE incluyó primero a las AUC, y después a las FARC-EP en su lista de organizaciones terroristas[1], y en abril del 2004 al grupo guerrillero ELN. A pesar de ello, la UE mantuvo sus tesis de que las causas de los enfrentamientos civiles en Colombia siempre han sido la desigualdad y la pobreza, y continuó apostando por soluciones basadas en el diálogo y la negociación (MESA y AGUIRRE, 2003, p.2).

Los Estados Miembros de la UE manifestaron su voluntad de colaborar con el Gobierno de Colombia, pero condicionaron la ayuda a la marcha del proceso de paz y a la implementación de una estrategia global de desmovilización, desarticulación, desarme y reinserción social de los grupos paramilitares y de satisfacción al derecho de las víctimas a saber la verdad y a obtener justicia y reparación razonable (CONSEJO DE ASUNTOS GENERALES Y RELACIONES EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2004). Vemos, por tanto, que el discurso de la UE frente a las distintas etapas vividas en Colombia en torno al conflicto armado interno ha sido mostrar su apoyo a soluciones negociadas, y no militarizadas, con especial preocupación hacia los derechos humanos (SANAHUJA, 2003, pp. 47-60). La ayuda europea hacia Colombia, en definitiva, se ha enmarcado históricamente en un contexto fundamentalmente humanitario, con el objetivo de dar solución a los problemas estructurales de largo plazo que generan los ciclos de violencia.

El propio Servicio Europeo de Acción Exterior –SEAE- declara que la consolidación de la paz ha sido la piedra angular de la cooperación entre la UE y Colombia desde 2002 (SEAE, 2018). Desde 2012, la cooperación de la UE se ha centrado en operaciones de apoyo presupuestario, con la finalidad de respaldar la política de desarrollo rural nacional, el desarrollo local sostenible de zonas marginadas y la competitividad regional.

La Alta Representante Federica Mogherini presentó al Consejo Europeo la nueva Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE en junio de 2016, bajo el título "Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte" (SEAE, 2016). En esta nueva estrategia se incluyen los objetivos sobre la consolidación de la paz y la resiliencia de las sociedades y los Estados, aspirando a conseguir una Unión con la fuerza suficiente para contribuir a la paz y la seguridad tanto en dicha región como en todo el mundo. Se aborda la

[1] La UE retiró definitivamente a las FARC-EP de la lista de organizaciones terroristas en noviembre de 2017.

prevención de conflictos, la resolución y la estabilización de una manera integrada y con una visión a medio y largo plazo.

Dentro de las prioridades que establece la Estrategia, destaca la tercera, donde se centra en un enfoque integrado en relación con los conflictos y las crisis. Es de especial importancia este punto para el tema que nos ocupa, ya que el estallido de conflictos violentos alrededor del mundo amenaza los intereses vitales comunes de la Unión (GESTRI, 2016, pp.22-31). Aquí la UE se compromete a la consecución de la paz y a fomentar la seguridad de la población mediante un enfoque global. La Unión prevé actuar en todas las fases del ciclo de los conflictos, actuando en la prevención, respondiendo a las crisis, invirtiendo en la estabilización y evitando la desmovilización cuando surja una nueva crisis. Para ello, se compromete a asociarse sistemáticamente sobre el terreno con las organizaciones regionales e internacionales, los donantes bilaterales y la sociedad civil, argumentando que sólo puede alcanzarse una paz sostenible mediante acuerdos globales enraizados en asociaciones regionales e internacionales amplias, profundas y duraderas.

En materia de seguridad y estabilización, el informe hace hincapié en que la UE debe poder proporcionar seguridad cuando se alcancen acuerdos de paz y se establezcan o estén formando gobiernos de transición. En la resolución de conflictos, la Unión se compromete a respaldar los esfuerzos de los gobiernos en cuestión, con una solución política inclusiva a través de la PCSD, los instrumentos en materia de desarrollo y de los instrumentos financieros específicamente destinados a ello.

Asimismo, se refuerza que la UE apoye las órdenes regionales de cooperación en todo el mundo. Se menciona expresamente el apoyo activo a la negociación y aplicación de acuerdos de paz en América Latina y el Caribe y, concretamente en Colombia.

2. El apoyo al Acuerdo de Paz con las FARC-EP. El Fondo Europeo para la Paz en Colombia

La UE respaldó el proceso de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP desde el primer momento. Entre distintas acciones, en 2015 nombró un Enviado Especial para el proceso de paz en Colombia, Eamon Gilmore, transmitiendo el respaldo político de la UE al proceso de paz, especialmente en su fase de implementación (SEAE. DELEGACIÓN UE-COLOMBIA, 2015). Bajo

el marco de la cooperación bilateral 2014-2017, la UE buscó consolidar los resultados que se iban alcanzando a medida que las negociaciones avanzaban, a través del apoyo técnico y financiero europeo. La Unión implementa instrumentos temáticos de apoyo al empoderamiento y fortalecimiento de la sociedad civil colombiana y de las autoridades locales, la promoción y defensa de los derechos humanos y de la democracia, y la promoción de los bienes públicos globales. Además, apoya la Estrategia de Respuesta Rápida del Gobierno colombiano en el contexto del posconflicto mediante el Instrumento para la Estabilidad y Paz (PRESTA, 2020, pp.195-196).

A pesar de que, a lo largo de los años, la Unión Europea tuvo una influencia limitada en la resolución del conflicto, la actuación de la Unión fue precursora en el enfoque de consolidación de la paz que planteó Colombia a partir de la firma del Acuerdo de paz con las FARC-EP. El apoyo explícito de la UE, así como de otras organizaciones internacionales, ha sido un factor clave para el éxito del proceso de paz. El planteamiento europeo de gestión de crisis y resolución de conflictos ha prevalecido en el país en un contexto de posconflicto y en la organización de la ayuda para apoyar la consolidación de la paz. El Acuerdo de paz firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP en 2016 se constituye como una base firma para la paz. No obstante, esta paz ha sido tan solo parcial. A modo de resumen, podemos aseverar que dicho Acuerdo ha establecido algunos cimientos para la reforma rural integral, la desmovilización, el desarme y la reinserción de los guerrilleros en la vida civil y su participación política, la justicia transicional y las reparaciones para las víctimas, un plan para hacer frente al cultivo y el tráfico ilícitos de drogas, y mecanismos de aplicación, verificación y ratificación.

En esta etapa de posconflicto y construcción de la paz, la Unión Europea apostó por la creación del Fondo Europeo para la paz en Colombia (en adelante Fondo), aprobado en diciembre de 2016 (COMISIÓN EUROPEA, 2016), y establecido oficialmente el 12 de diciembre de 2016. El Fondo está integrado por veinte Estados Miembros de la UE, Reino Unido y Chile como primer donante y miembro latinoamericano, llegando a más de 127 millones de euros. El Fondo está destinado a apoyar la estrategia colombiana para el posconflicto, en especial en el ámbito de desarrollo rural integral con enfoque territorial. En virtud del art. 187 del Reglamento (UE, Euratom) núm. 966/2012 la Comisión está facultada para crear y gestionar un Fondo Fiduciario de la UE a través de un acuerdo celebrado con otros donantes. Los fondos fiduciarios de la UE se destinan a movilizar las

diversas fuentes de financiación de la UE y a recibir las contribuciones de los Estados Miembros y de los donantes de terceros países.

Concretamente, el Fondo apoya los puntos uno y tres del Acuerdo de paz, destinados a una reforma rural integral y a los procesos de reincorporación. A través de este instrumento financiero (UNIÓN EUROPEA, 2012, p.1), la UE demuestra su compromiso activo con la construcción de paz y retoma la experiencia adquirida con los programas de cooperación del desarrollo que la UE llevó a cabo en zonas de conflicto en Colombia entre 2002 y 2011, conocidos como Laboratorios de Paz.

Según su Acuerdo Constitutivo, el Fondo pretende apoyar la implementación de los Acuerdos de paz durante las fases de recuperación temprana y estabilización, enfocándose principalmente en el desarrollo rural integral (COMISIÓN EUROPEA, 2016). Con el objetivo de apoyar esta política de desarrollo rural, se llevan a cabo distintos proyectos para estimular actividades económicas y de productividad en zonas rurales alejadas, donde el conflicto ha golpeado con más dureza.

Además, se mantiene como objetivo recuperar la estructura social, enfocando dichos proyectos en temáticas como la asistencia técnica rural, la productividad rural, el empleo y la generación de ingresos, la resiliencia territorial y la presencia estatal. Para que una acción sea financiada por el Fondo Europeo debe cumplir con ciertos criterios: la acción debe contribuir a los objetivos principales y propósitos del Fondo, y la acción debe desarrollarse dentro del margen geográfico definido por el Fondo, el cual debe encontrarse dentro del territorio de Colombia.

El Fondo se distribuye en distintas iniciativas, cada una con sus propios enfoques y lógicas de intervención. A pesar de ello, todos los proyectos están integrados en un único instrumento con el objetivo de apoyar la implementación del Acuerdo de Paz. Según el último reporte, con fecha de corte en junio de 2020 (FONDO EUROPEO PARA LA PAZ EN COLOMBIA, 2020), el Fondo Europeo para la Paz cuenta actualmente con 28 proyectos en ejecución y la mayoría de ellos presentan avances significativos en términos de inversión y logro de resultados.

Cabe destacar que más de la mitad de los proyectos en ejecución apoyan e invierten directamente en los procesos de reincorporación colectiva que están llevando a cabo los exguerrilleros de las FARC-EP. Según el último informe

mencionado anteriormente, 900 excombatientes participan en proyectos colectivos y/o de economía solidaria, 1.080 han recibido formación técnica para la inclusión laboral y/o gestión de negocios y 860 han recibido formación y asesoramiento en economía solidaria y gestión empresarial.

Los proyectos del Fondo inciden en cuatro dimensiones estratégicas, buscando la generación de impactos sinérgicos en las dinámicas de reincorporación, reconciliación, fortalecimiento institucional y desarrollo comunitario FONDO EUROPEO PARA LA PAZ EN COLOMBIA, 2020).

3. Cuatro años de posconflicto: ¿crisis de seguridad?

Finalmente, tras cuatro años de la firma del Acuerdo de Paz, Colombia parece estar sumergida en una situación de violencia e inestabilidad. Podemos decir que el país se encuentra en medio de una encrucijada. El fin del conflicto con las FARC-EP y los esfuerzos de desmovilización fueron buenos resultados iniciales. Aun así, la aplicación del proceso de paz se ha desarrollado de manera lenta, a la vez que enfrentado a muchas dificultades. La débil presencia del Estado en algunas partes del territorio colombiano sigue siendo un factor de inestabilidad. (IOANNIDES, 2019, p.2)

A finales de 2020, el país se enfrenta a un panorama incierto en el que la seguridad nacional se ha visto deteriorada. La violencia permanece de manera generalizada en gran parte del territorio colombiano. El país está sufriendo nuevas masacres, asesinatos selectivos a líderes sociales y persecución contra excombatientes desmovilizados. Actividades como el cultivo o el tráfico ilícito de drogas han continuado realizándose y la pobreza y exclusión social están lejos de haberse reducido.

Durante este último año se ha producido un crecimiento exponencial de nuevos conflictos con dinámicas particulares en las regiones que antiguamente dominaban las FARC-EP. Entre los problemas que se presentan, destacan las llamadas "disidencias de las FARC", que son grupos residuales que no se acogieron al Acuerdo de paz. Por otro lado, están los grupos rearmados, exguerrilleros que se desmovilizaron con el Acuerdo de paz pero que han decidido volver a las armas. Todo ello convive con la persistencia de grupos armados como el ELN, las Autodefensas Gaitanistas de Colombia y las bandas criminales regionales propias de cada lugar.

El aumento de nuevos conflictos se ha visto este año agravado por la pandemia, la cual ha reforzado el control territorial que estos grupos tenían en muchos lugares del país. Sólo en el transcurso de este año 2020 se han registrado más de 80 masacres en territorio colombiano (INDEPAZ, 2020, a) y los asesinatos de líderes sociales casi alcanzan los 300 (INDEPAZ, 2020, b). Además de estas cifras, durante estos 4 años de posconflicto, más de 200 excombatientes han sido asesinados.

La población civil ha continuado sufriendo abusos a manos del ELN, disidentes de las FARC-EP y grupos sucesores del paramilitarismo. Existen todavía muchos problemas relacionados con la seguridad y la vulneración de los derechos humanos, entre los que podríamos destacar la impunidad por actos delictivos, los obstáculos a la restitución de tierras de personas desplazadas forzosamente, o las condiciones de pobreza extrema y aislamiento sufridas por los grupos indígenas y afrodescendientes.

El Institute for Economics & Peace desarrolló el Índice de Normandía para el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, con el objeto medir las amenazas para la paz y la seguridad en el mundo. Según el Índice de Normandía de 2019, por lo que respecta a la seguridad (número de homicidios) y a los costes medioambientales (cambio climático, que podría afectar al desarrollo rural integral) –dos pilares fundamentales en el Acuerdo de paz-, Colombia está muy por detrás del resto de la región. En otros aspectos relacionados, como la violencia, la fragilidad del Estado, el terrorismo y la capacidad de resistencia a la desinformación, Colombia se sitúa por debajo de la media general de América del Sur (LAZAROU y PERCHOC, 2019, p.13).

La situación en Colombia, por tanto, continúa siendo compleja. Durante este año, a los altos niveles de violencia y polarización política se le añaden los afectos causados por la pandemia del COVID-19 (INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, 2020)[2]. Según el último reporte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la violencia contra las comunidades y los asesinatos perpetrados por antiguos miembros de las FARC de líderes sociales y defensores de derechos humanos se mantienen constantes. Los grupos armados ilegales han aprovechado las medidas de confinamiento impuestas por el Gobierno con el fin de evitar los

[2] A fecha 14 de diciembre de 2020, Colombia registraba 1.425.774 contagios confirmados y 39.053 fallecidos a causa del Covid-19.

contagios de COVID-19 para fortalecer su control sobre estratégicas rutas de tráfico ilegal (CONSEJO DE SEGURIDAD. NACIONES UNIDAS, 2020).

CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la reacción de la UE frente al conflicto armado interno colombiano ha vivido distintas etapas y diferencias internas que han dificultado una posición unánime respecto a su papel en el mismo y la manera de enfrentar tal acción exterior. Tradicionalmente, ha quedado demostrado cómo la Unión ha intentado colaborar con la resolución del conflicto, condicionando tal ayuda al respeto a la democracia, los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario.

Algunos Estados miembros se han acercado más a posiciones como la de Estados Unidos, defendiendo la tesis de que la respuesta a las luchas civiles y el conflicto armado, y al cultivo, elaboración y tráfico de drogas, debe llevarse a cabo de manera principal a través de operativos militares. No obstante, y a pesar de estas diferencias, durante las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, la UE manifestó en todo momento su compromiso con una salida negociada al conflicto, entendiendo que éste tiene sus causas en una situación de pobreza y desigualdad.

A modo de conclusión, se pretende reafirmar como, a pesar de los logros obtenidos por Colombia con la firma del Acuerdo de paz, el país se enfrenta a retos de una especial magnitud para la consecución de su desafío más importante: construir una paz estable y duradera, lo que implica a su vez evitar la reaparición de la violencia.

La comunidad internacional, y concretamente, la Unión Europea, sitúan al país en un momento de posconflicto. No obstante, la superación real del conflicto original se podrá constatar una vez que Colombia haya superado todas las dificultades políticas, económicas y sociales a las que, sin duda, se enfrenta. Además de la gran ayuda económica aportada por la Unión Europea, es necesaria la colaboración activa y definida del Gobierno colombiano, del cual se requiere un compromiso para recuperar la gobernanza en los territorios donde ha estado ausente durante tantos años de violencia armada.

Si bien es cierto que la violencia relacionada con el conflicto armado disminuyó de manera significativa tras la firma del Acuerdo de paz, poco a poco,

dicha violencia ha ido adoptando nuevas formas y los graves abusos han persistido. Por lo tanto, otra de las conclusiones a las que podemos llegar fácilmente es que el gobierno colombiano ha adoptado medidas insuficientes para proteger a la población civil de los abusos perpetrados a manos de grupos violentos.

La Unión Europea ha expresado su apoyo constante al proceso de paz en Colombia, y continúa demostrando su compromiso con el país tratando de desempeñar un papel eficaz en medio de diversas situaciones de conflicto que permanecen. El apoyo europeo ha sido un factor clave, tanto a nivel político, a través del nombramiento del enviado especial de la Unión para el proceso de paz en Colombia, como a nivel financiero a través del Fondo Europeo para la Paz en Colombia. No obstante, es necesario un compromiso real y coordinado entre el gobierno colombiano y organizaciones internacionales como la Unión Europea, para hacer frente de manera eficaz y efectiva a la crisis de seguridad que avanza en Colombia.

REFERENCIAS

a) Referencias bibliográficas

GESTRI, M. (Ed.): *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, Milan, Giuffrè, 2016, pp.22-31.

IOANNIDES, I.: *Paz y seguridad en 2019. Evaluación de los esfuerzos de la Unión para apoyar la paz en Colombia*, EPRS. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Unidad de Evaluación Ex Post, mayo de 2019.

LAZAROU, E. y PERCHOC Ph.: *Mapping threats to peace and democracy worldwide. Introduction to the Normandy Index*, EPRS. European Parliamentary Research Service, May 2019, p. 13.

LEAL BUITAGO, F.: <<La política de seguridad democrática 2002-2005>>, *Análisis político*, nº57, Bogotá, mayo-agosto 2006, pp. 3-30.

LILLO GONZÁLEZ, M. y SANTAMARÍA GARCÍA, A.: <<La Unión Europea y Colombia. Historia y desafío>>, *Anuario de Estudios Americanos*, 2009, 66.1, enero-junio, 289-319, Sevilla (España), p. 299.

MESA, M. y AGUIRRE; M.: <<Colombia y Europa: sociedad civil y proceso de paz>>, en MESA, M. (coord..): *El papel de Europa en un futuro proceso de paz para Colombia*, Centro de Investigaciones para la Paz – Fundación Hogar del Empleado (CIP-FUHEM), 2003, p. 2.

PRESTA NOVELLO, D.: *El conflicto de Colombia. Acción de las Organizaciones internacionales*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp.195-196.

ROY, J.: <<Europe: Neither Plan Colombia, nor Peace Process. From Good Intentions to High Frustrations>>, *University of Miami, Working Paper Series*, Vol.2, No.7, June 2002, p.4.

SANAHUJA, J.A.: <<Paz, democracia y desarrollo en las relaciones UE-América Latina: el caso de Colombia>>, *Papeles*, N.83, 2003, pp. 47-60.

SANZ TRILLO, A.: <<Política exterior del Partido Popular en Colombia>>, *CIP-FUHEM,* Madrid (Documento de trabajo), 2004, p. 6.

b) Documentos e informes de organismos nacionales e internacionales

COMISIÓN EUROPEA: *Decisión de la Comisión No C(2016) 1653* de 22 de marzo de 2016.

COMISIÓN EUROPEA: *Acuerdo por el que se crea el Fondo Fiduciario de la Unión Europea para Colombia y se establece su reglamento interno* (Acuerdo constitutivo firmado en Luxemburgo entre la Comisión Europea y los Gobiernos de República Checa, Alemania, Irlanda, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, los Países Bajos, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido, el 17 de octubre de 2016). Art. 2.1. Objetivos del Fondo Fiduciario.

CONSEJO DE ASUNTOS GENERALES Y RELACIONES EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Conclusiones del Consejo sobre Colombia*, Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la Unión Europea, Bruselas, 2004, 36 de enero.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Declaración de la presidencia en nombre de la Unión Europea sobre la ruptura del proceso de paz en Colombia*, P/02/19, Bruselas, 22 de febrero de 2002, 6555/02 (Presse 44),

CONSEJO DE SEGURIDAD. NACIONES UNIDAS: Security Council Report. September 2020 Monthly Forecast. 31 de agosto de 2020,

FONDO EUROPEO PARA LA PAZ EN COLOMBIA: El Fondo Europeo para la Paz en cifras. Reporte Nª6. Corte a 30 de junio de 2020.

FONDO EUROPEO PARA LA PAZ EN COLOMBIA: La economía social y solidaria: una herramienta para la reincorporación y la construcción de paz, 10 de septiembre de 2020.

INDEPAZ: Informe de masacres en Colombia durante el 2020. 81 masacres en Colombia. Con corte a 10 de diciembre de 2020. a).

INDEPAZ: Líderes sociales y defensores de derechos humanos asesinados en 2020. Registro actualizado permanentemente desde el 1 de enero de 2020. Consultado el 12 de diciembre de 2020. b).

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. Gobierno de Colombia. Información actualizada disponible en https://www.ins.gov.co/Noticias/paginas/coronavirus.aspx

PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Plan Colombia y el apoyo al proceso de paz en Colombia.* 18 de enero de 2001. B5-0087/2001.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN: *Bases del Plan Nacional de Desarrollo, 2002-2006. Hacia un Estado comunitario*, 2002.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL: *Política de defensa y seguridad democrática,* Bogotá, Ministerio de Defensa, 2003.

SEAE (Servicio Europeo de Acción Exterior): *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea. 2016*.

SEAE (Servicio Europeo de Acción Exterior): *Relaciones entre la UE y Colombia.* Factsheets, 30 de mayo de 2018.

SEAE. DELEGACIÓN UE-COLOMBIA. *La UE respaldará el proceso de paz en Colombia a través de su enviado especial Eamon Gilmore*. Artículos. 4/11/2015.

UNIÓN EUROPEA: Reglamento (UE, Euratom) núm. 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DO L298 de 26.10.2012, p.1).

LAS NORMAS INTERNACIONALES COMO INSTRUMENTO ANTE EL CAMBIO HEGEMÓNICO: un falso debate entre la ética y la seguridad en un entorno globalizado

Pablo A. Sánchez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid
Doctorando en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, España
pabloals@ucm.es

Resumen: Dentro del programa realista de Relaciones Internacionales, las diversas teorías sistémicas sobre el poder cuentan con un aspecto común: los conflictos hegemónicos comienzan cuando un Estado busca llevar a cabo una revisión del *statu quo*. Sin embargo, el concepto de *statu quo* u orden global se encuentra relegado en la literatura, resultando imposible encontrar una definición operativa satisfactoria. Desde una innovadora concepción del *statu quo* mundial y bebiendo de los procesos globalizadores, esta comunicación aporta una nueva visión teórica en la que las normas internacionales, componente del *statu quo* y reflejo del espíritu del régimen global, cobran especial relevancia en el análisis internacional, pese a su infrateorización en la literatura. Así pues, se explica cómo cristalizan los intereses vigentes en las normas jurídicas, y se estudian las posibilidades de modificación de dichas normas internacionales, analizando sus causas y consecuencias. Con ello, se busca denunciar que, en un contexto globalizado, la actualización de ciertos tratados internacionales y prácticas no codificadas es el único mecanismo ético que puede evitar la próxima gran guerra. El motivo reside en que el mantenimiento de un orden mundial que garantice la perpetuación del equilibrio de intereses vigente en el pasado, en aras de la seguridad, es contradictorio con las continuas dinámicas de cambio internacionales y conducen, por tanto, a una inseguridad a largo plazo. En resumen, no existe realmente un debate entre ética (considerar la legitimidad de las revisiones propuestas) o seguridad (rechazar toda revisión) en la competición hegemónica, ya que en un mundo inestable únicamente la flexibilidad del sistema puede garantizar una verdadera estabilidad. En este sentido, se realizan unas propuestas del rol que pueden jugar Europa y América Latina como referentes jurídicos del Norte y Sur Global para promover un nuevo clima de entendimiento que permita garantizar una paz duradera entre las potencias en declive y las potencias ascendentes.

Palabras-clave: Seguridad; Hegemonía; Revisionismo; Potencias; Normas.

Abstract: Within the International Relations realist programme, the diverse systemic theories about power have a common aspect: hegemonic conflicts erupt

when a state is seeking for a revision of the status quo. Nevertheless, the concept of status quo or global order has been pushed to the background in the literature, being impossible to find a satisfactory operative definition. From an innovative conception of the world status quo and contemplating the globalisation processes, this communication offers a new vision in which international norms, element of the status quo and reflection of the global regime spirit, become especially relevant in international analysis, despite its under-theorisation in the literature. Therefore, it is explained how the existing interests crystallises in legal norms and the possibilities to modify these international norms are studied, analysing their causes and consequences. Consequently, it is denounced that, in a globalised context, the update of certain international treaties and non-codified practices is the sole ethical mechanism to avoid the next major war. The reason is that the maintenance of a world order that guarantees the perpetuation of the past balance of interests, in defence of security, is contradictory with the continuous international change dynamics and, subsequently, drives to long-term insecurity. To summarise, in reality there is no debate between ethics (considering the legitimacy of the proposed revisions) and security (rebuffing any revision) in the hegemonic competition, as in our unstable world only the flexibility of the system may guarantee true stability. In this regard, some proposals are offered about the role that Europe and Latin America may play as legal referees within the Global North and South to promote a new understanding environment that allows to guarantee a durable peace between the declining powers and the ascending powers.

Key-Words: Security; Hegemony; Revisionism; Powers; Norms.

INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ APORTA LA TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES AL ÁMBITO JURÍDICO?

A pesar de la radical importancia con la que cuenta la Teoría de las Relaciones Internacionales en la literatura internacionalista, se trata de un área que no ha recibido tanta importancia en España, donde su estudio suele limitarse a un breve apartado en los currículos de cualquier asignatura introductoria que desarrolle las dinámicas internacionales. Un estudio más en profundidad en relación con los escritos sobre Relaciones Internacionales permite observar las innumerables posibilidades de conexión de este ámbito con cualquier sector de las ciencias sociales, pues hablamos de analizar elementos profundamente enraizados en la sociedad y que se traducen en un comportamiento en el ámbito internacional cuando se actúa como comunidad humana. Así pues, conociendo las corrientes teóricas internacionalistas es fácil poder extrapolar conclusiones que sean aplicables a ámbitos como la Ciencia Política, el Derecho y la Sociología,

tremendamente permeables frente a consideraciones filosóficas y sociales que guían las escuelas teóricas objeto de estudio desde las Relaciones Internacionales.

Esta apertura de miras es la que inspira la presenta comunicación, pues resulta realmente fascinante poder pensar cómo la seguridad jurídica o la ética internacional pueden ser vulnerables a los deseos, intereses y decisiones que tomen estos entes colectivos humanos que encuentran su principal representación en los Estados. Una vez la conexión resulta evidente, es necesario ahondar desde un punto de vista social y jurídico en cómo se puede intentar desde estas áreas de conocimiento procurar un entorno propicio para la estabilidad internacional. Es aquí donde entran conceptos como *statu quo* o revisionismo, que no son más que la verbalización de las actitudes sociales frente al cambio: resistirse o promoverlo. En las Relaciones Internacionales, esto supone dos comportamientos estatales fundamentales: la defensa del orden global existente y el desafío al orden global con intención de modificarlo. Estas dos posturas frente al cambio internacional se traducen a su vez en numerosas acciones desde el Estado que deben ser comprehendidas para analizar sus posibles repercusiones. En este estudio, reciben especial énfasis las actitudes estatales hacia las normas internacionales, pues, como reflejo del *statu quo,* pues dichas normas pasan a ser también objeto de disputa, ataque y defensa.

Por tanto, el objetivo de esta comunicación es poner en diálogo las posturas estatales hacia las normas internacionales en un contexto de cambio hegemónico, presentes en la literatura teórica de las Relaciones Internacionales, con conceptos como la seguridad o la ética en nuestro mundo globalizado. Para ello, se desarrolla una revisión bibliográfica del Realismo, que es la corriente teórica que más apoyo y rechazo ha recibido, a partes iguales, en la academia internacionalista. A través de la incorporación de elementos jurídicos, históricos y sociales, de los que beben inherentemente las Relaciones Internacionales, es posible realizar un análisis pormenorizado de la realidad a la que se enfrentan los actores estatales ante una transición de poder y observar cómo las diferentes posturas pueden promover o detener una inestabilidad sistémica que termine traduciéndose en un conflicto global.

En concreto, esta comunicación presenta un esquema inductivo-deductivo. En un primer apartado, se desarrolla una introducción al concepto de revisionismo desde los postulados realistas. Desde esta perspectiva general, pasaremos a analizar cómo se integran las normas internacionales en la Teoría de las Relaciones Internacionales y en los esquemas existentes de cambio

internacional. Esta visión reduccionista se extrapolará de nuevo mediante postulados procedentes de la Teoría del Derecho y la Filosofía para entender qué papel han jugado y juegan las normas internacionales ante escenarios de cambio hegemónico. De este modo, analizamos de nuevo desde la abstracción, cómo los Estados en declive y los Estados emergentes parten de posturas aparentemente irreconciliables entre sí que son fruto únicamente de la confusión entre la seguridad a corto y largo plazo en el escenario político. Por último, se concluye que Europa y América Latina, como actores no necesariamente alineados en el actual enfrentamiento entre Estados Unidos de América (EUA) y China, pueden promover ese cambio responsable a nivel internacional que es compatible a su vez con la ética y con la seguridad en nuestro orden global multipolar actual, presentando algunas sugerencias de política exterior para lograr este fin.

DESARROLLO

Esta comunicación parte de la convicción de que la Teoría de las Relaciones Internacionales puede aportarnos herramientas que nos permitan alcanzar un mayor grado de seguridad en el ámbito internacional. Para ello, partiremos, a modo de resumen y con un espíritu de divulgación, a señalar los elementos más comunes en la literatura realista para entender el rol del revisionismo en el plano teórico de las interacciones internacionales. La elección del Realismo como programa de investigación a desarrollar aquí obedece al carácter hegemónico con el que este programa ha contado en la Teoría de las Relaciones Internacionales (CALDUCH, 2018, p. 67). A pesar de la primacía idealista de los primeros años de la disciplina, gracias al impulso de Woodrow Wilson tras la Primera Guerra Mundial, los fracasos de esta vía provocaron que la academia se moviera progresivamente a un enfoque más realista, que asumía la imperfecta naturaleza humana para adaptar la investigación a la realidad mundial (DOUGHERTY & PFALTZGRAFF, 2001, p. 14). Con el paso de los años, en la disciplina, incluso las nuevas corrientes, como las aportaciones críticas, han centrado sus dudas sobre el programa realista, que ha penetrado y modelado no sólo la evolución posterior de este programa, sino, sobre todo, el desarrollo total de la literatura teórica por su penetración en el diálogo con otras escuelas.

1. El revisionismo estatal en el programa realista

El programa realista tiende a identificar las Relaciones Internacionales como una lucha por el poder (MORGENTHAU, 1948, p. 13). En este sentido, resulta siempre revelador presentar las dos metáforas de la vida privada utilizadas por WOLFERS (1962, pp. 13-14) para entender cómo actúan los actores internacionales según el Realismo. La primera se basa en la idea de que, ante una casa en llamas, individuos con diversas predisposiciones racionalmente elegirán correr hacia la salida por la natural reacción de miedo cuando se enfrentan a una amenaza a su vida. En el segundo caso, ciertos individuos pueden ver una carrera de caballos a la que han acudido por la gente que llegó antes, pero ante la posibilidad de que cerca se produzca un hueco entre la multitud, es esperable un rápido movimiento para ocupar dicho hueco y alcanzar una mejor posición, a pesar de las preferencias individuales, pues prevalente su innato deseo de beneficio o disfrute. Ambas situaciones, más fáciles de analizar que las complejas dinámicas internacionales, buscan presentar unas Relaciones Internacionales basadas en el miedo, la obligación, la búsqueda de la supervivencia y un interés egoísta cuando se presenta una oportunidad de progresar. Todos estos elementos se encuentran implícitos en idea del Realismo para definir las dinámicas de poder en el escenario internacional.

Debido a que las diversas aproximaciones que se recogen bajo el paraguas del programa realista son innumerables, es digno de resaltar el esfuerzo integrador realizado por DOUGHTERTY & PFALTZGRAFF a la hora de señalar seis asunciones generales del realismo clásico, que pasamos a enumerar a continuación:

> (1) que el sistema internacional está basado en Estados como actores claves; (2) que las Relaciones Internacionales son esencialmente conflictuales, una lucha por el poder en un entorno anárquico en el que los Estados-nación confían inevitablemente en sus propias capacidades para asegurar su supervivencia; (3) que los Estados existen en una condición de soberanía legal en la que, sin embargo, existen graduaciones de las capacidades, con Estados más importantes y menos importantes como actores; (4) que los Estados son actores unitarios y que las dinámicas políticas domésticas pueden separarse de la política exterior; (5) que los Estados son actores racionales están caracterizados por un proceso de toma de decisiones dirigido por elecciones basadas en el interés nacional; y (6) que el poder es el concepto más importante a la hora de explicar y predecir el comportamiento estatal. (DOUGHTERTY & PFALTZGRAFF, 2001, pp. 63-64)

Esta recopilación nos invita a imaginar un escenario anárquico y conflicto en el cual los Estados, en su condición de soberanía legal, pero sometida a

graduaciones materiales, persiguen racionalmente el poder de acuerdo con sus intereses nacionales, dejando a un lado sus dinámicas internas. Esta visión nace de la asunción de que los conflictos estatales están basados en la naturaleza humana, sin distinguir entre la imagen individua y la imagen estatal para explicar las Relaciones Internacionales (RYNNING & RINGMOSE, 2008, p. 22). El hecho de que el conflicto político se sustente en la naturaleza humana hace, además, que el deseo de poder, tal y como trataba de explicar WOLFERS, es universal. Esto es lo que causa que las relaciones políticas más relevantes sean las basadas en la conquista del poder, y que, al tratarse de un bien basado en un juego de suma cero, sea fundamental la naturaleza conflictiva (CALDUCH, 2018, pp. 69-70). En este sentido, los Estados son considerados como los actores más relevantes del sistema internacional y, por ello, los principales sujetos en el programa realista. Esto coincide con el protagonismo acrecentado con el que están contando los Estados ante la situación de la crisis del COVID-19, donde las entidades estatales han cobrado un papel predominante en la vida privada de sus ciudadanos. Esto refuerza la premisa realista según la cual los Estados son los que definen al final las dinámicas internacionales y esa misma presunción se mantendrá en el estudio del poder global.

Esta indagación académica de las dinámicas de poder en el nivel internacional condujo a los autores realistas clásicos a un nivel de abstracción que tuvo como su consecuencia más inmediata la creación de ciertos modelos del sistema-mundo que tratasen de recoger o incluir las respuestas a las más acuciantes preguntas formuladas en la disciplina. Dos de estos modelos más importantes son el equilibrio de poder (*balance of power*) y la transición de poder (*power transition*), que dividieron al Realismo Clásico bajo las figuras de Morgenthau y Organski respectivamente en los años 50. Inspirado en el equilibrio de las ciencias físicas y otras ciencias sociales, la teoría del equilibrio de poder se basa en una tendencia natural del sistema a buscar un nuevo equilibrio cuando el anterior ha sido alterado (MORGENTHAU, 1948, pp. 125-127). En otras palabras, cuando un Estado persigue una política imperialista que pone en peligro la estabilidad del sistema, las naciones necesarias para equiparar su poder se aliarán para contrarrestar su poder y evitar su objetivo, con especial énfasis en la figura del equilibrador, una nación cuyo poder está al servicio del lado más débil de la balanza para garantizar un equilibrio estabilizador. Por su parte, la teoría de transición de poder parte de una premisa diferente: la figura que otorga más estabilidad en el sistema no es el equilibrio, sino la hegemonía de un Estado frente al resto. Según ORGANSKI (1958, pp. 322-323), en un determinado momento, la potencia más poderosa del

mundo dirige un orden internacional que incluye otras grandes potencias secundarias y algunas pequeñas naciones. Ciertas naciones aumentan su poder gracias a la industrialización y alcanzando a la potencia hegemónica, la desafían para imponer un nuevo orden internacional bajo su dominio. Esta tentativa se ve abocada a un enfrentamiento con el antiguo líder del sistema, provocando una gran guerra entre la alianza de la potencia dominante y la potencia emergente.

A pesar de sus enormes diferencias, estos dos modelos realistas del sistema-mundo cuentan con un elemento común que resulta especialmente significativo: ambos contemplan que los conflictos hegemónicos ocurren a raíz la existencia de ciertos Estados que se enfrentan al orden preestablecido en la búsqueda de una mejor posición que permita aumentar su poder. Estos Estados han recibido diversas denominaciones (insatisfechos, revisionistas, revolucionarios, insaciados, imperialistas) para referirse a un fenómeno idéntico: Estados que han conseguido recientemente un mayor poder relativo y eso permite que estén en una mejor posición para exigir la consideración de sus demandas en el orden mundial. En general, estas naciones buscan mejorar su posición en el sistema internacional para que éste refleje el significativo aumento de poder relativo que han experimentado. Por lo tanto, dichas demandas suelen consistir en revisar el orden mundial y sus dinámicas para hacer hueco a este nuevo Estado y a las ideas y perspectivas que a este le acompañan. Sin embargo, como ya hemos indicado previamente, la realidad internacional es que la mayoría de los Estados dominantes prefieren no buscar acomodo para esta nueva potencia global emergente, lo que significa que presentan resistencia frente a esta revisión. Esta reticencia a aceptar la modificación del orden mundial, propuesta por los Estados revisionistas se encuentra con la insistencia de estos por considerar legítima su demanda. En definitiva, esta confrontación suele derivar en un conflicto hegemónico iniciado por cualquiera de las partes en la búsqueda de un cambio del sistema. Por un lado, el Estado defensor del *statu quo* busca reafirmar su posición dominante sobre la potencia emergente antes de que su poder siga incrementando y así debilitarla ante una previsible victoria del primero. Por su parte, el Estado revisionista, motivado por la negativa de las potencias que se benefician del orden mundial, prefiere demostrar su recién adquirida fuerza frente a una potencia en declive y ganar por la fuerza lo que considera suyo por derecho ante el cambio en el equilibrio global de fuerzas.

Si bien este esquema queda reflejado tanto en el modelo de equilibrio de poder como en la teoría de transición de poder, conviene recopilar someramente

las diferencias en el tratamiento de la literatura de estos Estados revisionistas para entender mejor el fenómeno al que nos referimos. En primer lugar y retrocediendo a antes de la Segunda Guerra Mundial, SCHUMAN (1933, pp. 509-510) ya señalaba que los Estados saciados por la distribución de poder existente y la correspondiente distribución de territorios, poblaciones, ejércitos, barcos, colonias, etc., lo son generalmente por su victoria en un conflicto armado previo, lo que les permitió crear un orden adaptado a sus propios intereses y en detrimento de los Estados derrotados en dicho conflicto, privados de cualquier poder por los victoriosos. De hecho, SCHUMAN definirá a estos últimos Estados en el caso de la victoria por parte de la Entente en la Primera Guerra Mundial y los posteriores intentos revisionistas sobre el Tratado de Versalles de 1919 como «revanchistas». Por lo tanto, identificamos un elemento más diferenciador entre las potencias revisionistas y los Estados defensores del *statu quo*: mientras que los que cuentan hoy con una posición dominante suelen ser los que resultaron vencedores, los que han estado degradados a una posición secundaria en el sistema suelen ser los que fueron derrotados.

SCHUMAN (1933, p. 511) también señala que en este escenario las distinciones entre políticas exteriores «defensivas» y «ofensivas» son irracionales, puesto que los Estados que se benefician del *statu quo* suelen ser considerados «pacifistas» por promover paz y seguridad, puesto que esto es lo único que necesitan para seguir preservando sus privilegios en el sistema, mientras que los Estados revisionistas, al encontrar resistencia por parte de los primeros, deben recurrir a la coerción y al conflicto para alcanzar sus demandas, por lo que reciben la consideración de naciones «agresivas». Así pues, se identifica una estigmatización asociada a la revisión del orden mundial que en realidad poco tiene que ver con la naturaleza conflictual de los Estados revisionistas. Esta visión también es sustentada por CARR (1939, pp. 132-135), quien defiende que en realidad las cuestiones que están en juego en estos intentos revisionistas y su oposición conservadora no son la moralidad y el poder, sino que se trata de una carrera por el poder con dos caras, puesto que la inexistencia de maneras formales de alcanzar el cambio del orden mundial pacíficamente provoca esa necesidad de recurrir a la fuerza para lograrlo[1].

[1] Es necesario señalar que tanto la aportación de SCHUMAN como la de CARR se produjeron en un período de entreguerras dominado por la escuela idealista, que defendía una universal armonía de intereses en favor de la paz. De hecho, CARR (1939, pp. 68-69) critica esta visión pacifista por obviar la existencia de diferentes

Más adelante, MORGENTHAU (1948, pp. 21-25) señalaría que las naciones que buscan adquirir más poder que el que tienen actualmente a través de una expansión de su poder más allá de sus fronteras, es decir que buscan un cambio favorable de su estatus de poder están persiguiendo una política imperialista. Esta se contrapone con la política de *statu quo*, que consiste en mantener el poder y no promover un cambio en la distribución de poder a su favor, si bien sí que contempla ciertos «ajustes menores» que no afecten las posiciones relativas de poder. En este sentido, a pesar de que MORGENTHAU reconoce las dificultades para identificar una política imperialista, sí que señala que las políticas de *statu quo* suelen producirse para defender un acuerdo de paz una vez una guerra hegemónica ha terminado, ya que sirve como la formulación legal del cambio de poder una vez se identifican los vencedores y los vencidos. Sin embargo, la diferencia formulada por MORGENTHAU entre ambas políticas es contraria a las propias premisas del programa realista, que califica el deseo de poder como universal. Esta distinción, en palabras de GRIFFITHS (1992, p. 62) y usando la metáfora de la casa en llamas de WOLFERS, sería como si la casa no estuviera siempre en llamas o si hubiera diferentes salidas para los que se encontraran dentro. Las críticas a MORGENTHAU también se dirigen hacia la falta de claridad en lo referente a esos «ajustes menores», es decir, los cambios que sí que se pueden dar en una política de *statu quo* (JOHNSTON, 2003, p. 9). A este respecto, probablemente una definición del orden mundial que tenía MORGENTHAU en mente y que no se ve afectado por esos «ajustes menores» resultaría muy útil para entender su visión.

Otros autores defensores del equilibrio de poder, como es el caso de KISSINGER (1957, pp. 2-3) indicen en esa responsabilidad del Estado desafiador ante la emergencia de conflictos internacionales. El Estado revolucionario, como él lo define, sería aquel que, sintiendo que el orden internacional es opresivo, no estaría contento el mero ajuste de las diferencias, pero demanda la reforma del sistema completo. Y precisamente por ello, el escenario internacional está condenado a una guerra por la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las grandes potencias y, a su vez el deseo del Estado de revolucionario de seguir sus principios hasta la última consecuencia, lo que provoca que la amenaza de estos Estados revolucionarios sólo pueda ser controlada a través de la neutralización de estos. WOLFERS (1959, p. 11) también relacionará a los poderes de *statu quo* con

motivaciones e intereses en la búsqueda de esa paz. Por tanto, se enfrentaban a la mayor parte de los especialistas en la disciplina al defender que se daba una lucha por el poder.

aquellas naciones que buscan preservar el orden mundial o que han renunciado al uso de la fuerza como método para cambiar el orden, mientras que los Estados revisionistas son aquellos que buscan cambiar el *statu quo*, si es necesario, por la fuerza. Sin embargo, también afirmará WOLFERS que los Estados Unidos "y otros países con una mentalidad parecida" son esos Estados de *statu quo*, identificando a su vez a los Estados revisionistas con la Unión Soviética y la China comunista, lo que denota cierto sesgo ideológico fruto del enfrentamiento producido en la Guerra Fría. Este será el comienzo de un cierto sector de la literatura que empezará a identificar a Estados Unidos como el principal polo de defensa del *statu quo*, y a sus oponentes, como revisionistas.

ORGANSKI (1958, p. 70-76) expandirá el entendimiento de los Estados que se enfrentan al orden mundial a través de una visión jerarquizada de la realidad internacional, donde un Estado dominante en declive que estableció tras una guerra hegemónica un orden adaptado a sus preferencias se enfrenta a una potencia desafiadora que, debido a un incremento de su poder relativo fruto de un proceso de industrialización, busca su sitio en el orden internacional y en la consecuente distribución de poder. Este modelo de la transición de poder se asienta en la idea de que la paz, incluso si significa la preservación del *statu quo*, no beneficia a todas las naciones de la misma forma, puesto que aquellos que la toman como objetivo nacional bajo la defensa del bienestar de todos los hombres están normalmente más interesados en evitar la destrucción de su propia riqueza, lo que una guerra podría causar. Así pues, ORGANSKI defiende que las definiciones clásicas de los Estados de *statu quo* como defensores de la paz, la ley y el orden, y la de los Estados revisionistas como perturbadores de la paz que persiguen objetivos egoístas a expensas del bien común tienen sus limitaciones. Recuperando el espíritu de SCHUMAN y CARR, ORGANSKI recuerda que aquellos que defienden el *statu quo* son claramente aquellos más satisfechos con este, es decir, aquellos con más poder y privilegios. A su vez, aquellos que están insatisfechos y desean cambiar el *statu quo* suelen encontrarse con que no pueden hacerlo con las normas existentes o sin perturbar la paz. Es por ello por lo que ORGANSKI afirma que ninguna de las partes tiene el monopolio de la moralidad a este respecto. En todo caso, ORGANSKI parece hacer una diferenciación entre la insatisfacción y el revisionismo, considerados sinónimos por KIM (1991, p. 843) y CHAN (2004a, p. 216) entre otros, según la cual no todas las naciones que están insatisfechas por no disfrutar de los beneficios del sistema persiguen una política rupturista con el propio sistema. Es decir, ORGANSKI señala que las naciones emergentes insatisfechas tienden a revisar el sistema, pero esto no parece indicar

que la insatisfacción siempre se traduzca en revisionismo. Este planteamiento resulta tremendamente interesante porque si no hay una conexión directa entre la insatisfacción y el revisionismo, cabría preguntarse entonces qué elemento diferenciador sí lleva a un Estado insatisfecho a ser revisionista.

A pesar de lo interesante de este fenómeno, autores posteriores a las aportaciones neorrealistas, como SCHWELLER (1993, pp. 76-77; 1994, pp. 87-104) o DAVIDSON (2002, pp. 125-126), han preferido optar por conceptualizaciones apartadas completamente de esta dinámica que se seguía desde el Realismo Clásico. De hecho, tienden a señalar como diferencia fundamental el objetivo de incrementar o mantener sus recursos o bienes, equiparándolos automáticamente con el poder relativo de los Estados en comparación con sus competidores hegemónicos. Lo cierto es que la confusión generada por estas aportaciones tardías ha derivado en una ambigüedad a la hora de referirse a estos términos que no ayuda a su posterior estudio, sobre todo debido a las lagunas que se encuentran en los realistas ya citados y su lectura errónea por parte de autores posteriores. En definitiva, hablamos de una infrateorización del revisionismo detectada también por ROSE (1998, p. 195) y MILLER (2007, p. 33) que ha conducido a referirse a este fenómeno con términos confusos y sin producirse una verdadera investigación del fenómeno entre manos, asumiéndolo como equivalente a una idea abstracta del mal en lugar de analizarlo en un contexto político e histórico concreto (RYNNING & RINGSMOSE, 2008, p. 22). Fundamentalmente, identificamos cuatro problemas fundamentales en la literatura realista referente al revisionismo, así como las soluciones que hemos identificado en anteriores trabajos[2], que pasamos a exponer:

a) En primer lugar, y siguiendo a ORGANSKI (1958, p. 53), entendemos que los Estados persiguen una variedad de objetivos en su política exterior. En un contexto determinado, uno de ellos puede ser la modificación del orden o sistema mundial, pero no por ello se debería calificar a un Estado como «revisionista». La realidad es que se trata de un concepto cargado de connotaciones negativas que puede provocar un efecto estigmatizador en la nación acusada. Es por ello por lo que preferimos hablar de revisionismo como una opción de política exterior que se puede perseguir, pero evitando definir a una determinada potencia

[2] Fundamentalmente son aportaciones ofrecidas en mi *Tesi di Laurea Magistrale* en Italia, publicada en 2019, y sobre las que he seguido indagando durante mi investigación doctoral en Madrid desde entonces.

como revisionista por incluirla en sus prioridades en el ámbito internacional para evitar así la perpetuación de la estigmatización.

b) Si asumimos que el revisionismo es en realidad una política exterior que propone la revisión del *statu quo* global u orden mundial, lo primero sería definir qué entendemos dentro este concepto, es decir, qué elementos del sistema deben ser propuestos para su modificación para identificar una política revisionista. A este respecto y recogiendo las diversas aportaciones parciales del programa realista en este sentido, definimos el orden mundial o *statu quo* global como la combinación de las posiciones jerárquicas de los Estados, las instituciones globales, las reglas y normas existentes, y las convenciones políticas, cultuales y sociales usadas actualmente en la interacción estatal. Por lo tanto, el revisionismo es la política exterior que aboga por cuestionar, corregir, enmendar, actualizar o mejorar al menos uno de estos componentes del orden mundial.

c) Ya se ha señalado que, desde los años 50, coincidiendo con el macartismo, la literatura ha interpretado la defensa del *statu quo* con la política exterior estadounidense. Una de las razones fundamentales es precisamente el monopolio efectivo de la literatura realista por parte de las universidades ubicadas en Estados Unidos. Esto ha llevado a identificar a Estados Unidos como ejemplo del mantenimiento del *statu quo*, lo que se veía favorecido por la definición del Estado en base a esa supuesta política exterior, y a acusar a sus competidores hegemónicos de intentos revisionistas, acompañado de la consiguiente estigmatización. Esto se ha justificado en la literatura a través de diversas cualidades, la ausencia de una ideología liberal (WOLFERS, 1959, p. 11), una menor tradición democrática (DANILOVIC, 2010, p. 133) o un menor interés en común con la nación dominante (KIM, 1991, p. 842), poniendo siempre la responsabilidad en el Estado desafiador en lugar de analizar qué elementos del sistema impiden su adaptabilidad al nuevo contexto. Precisamente esas características ponen de manifiesto un sesgo occidental que ha provocado, por su lectura contemporánea, una mayor confusión terminológica y teórica, pero, sobre todo, una infrateorización en lo referente a las causas reales del revisionismo. Frente a esta tradición del programa realista, proponemos una visión más crítica que permita poner a ambas partes de la competición hegemónica en igualdad de condiciones con respecto a la moralidad de sus causas, sus características o las

decisiones que tomen. Al fin y al cabo, como indica KUPCHAN (2012, p. 185), la rivalidad entre las grandes potencias es el producto de una competición por el prestigio y el estatus, fenómeno al cual las naciones, sean como sean, son difícilmente inmunes. Así pues, partimos de una visión según la cual ciertas características de la propia nación no hacen que esta sea más proclive a perseguir una política revisionista.

d) Por último, como ya hemos indicado, la insatisfacción y el revisionismo no deben considerarse sinónimos. En primer lugar, el revisionismo es una decisión que toma un Estado en su política exterior mientras que la insatisfacción es un estado en el que se encuentran las naciones por su relaciones domésticas o internacionales. Además, como hemos señalado ya tras una lectura innovadora de ORGANSKI, la insatisfacción es una condición previa necesaria, pero no suficiente para la emergencia del revisionismo, puesto que no todas las naciones insatisfechas desarrollarán intentos revisionistas, pero todas las naciones que persiguen una política revisionista sí lo hacen por estar insatisfechas con algunos de los elementos del orden mundial. Así pues, entendemos que, si bien el revisionismo sí suele ser conducente a un conflicto hegemónico, la insatisfacción, por ser un paso previo, se trata en una fase preliminar donde el enfrentamiento sí resulta reversible. Por este motivo, creemos que la literatura debería centrarse en frenar la insatisfacción una vez se produce, evitando una estigmatización que suele conducir a un mayor rechazo hacia el sistema internacional que criminaliza a estas naciones, derivando, esta vez sí, en una mayor tendencia al revisionismo. Por ello, nos centraremos en esta comunicación en esa fase inicial en la que un Estado está insatisfecho con uno de los elementos del orden mundial, pero no se encuentra todavía en la coyuntura revisionista de iniciar una guerra mundial para subvertir el sistema por completo.

Todo este esfuerzo teórico se encuentra enmarcado en un contexto globalizado que ha conducido a una visión social más homogénea de la realidad gracias a la posibilidad de reducir distancias o problemas de comunicación. En el ámbito de las Relaciones Internacionales, el principal efecto ha sido el establecimiento de ciertos patrones comunes en los estudios políticos e históricos, así como intereses y visiones similares sobre lo sucedido en el ámbito internacional. Estos beneficios han sido alcanzados gracias a la difusión de trabajos académicos y análisis de medios, el uso del inglés como lengua vehicular mundial,

la revolución tecnológica y la creación de espacios comunes para personas con diferentes bagajes, entre otros aspectos. En este sentido, han favorecido la tarea de definir los elementos comunes en las interacciones estatales. No decimos esto para defender la premisa institucionalista de que la globalización y la integración provocarán eventualmente el logro de la paz perpetua kantiana, sino para defender que la globalización ha tenido un efecto fundamentalmente epistemológico, que ha aumentado la posibilidad de contar con una visión compartida sobre el reconocimiento de esas dinámicas. En otras palabras, la globalización no ha cambiado las dinámicas de poder, pero sí ha permitido contar con una nueva perspectiva compartida sobre estas. Por supuesto, la globalización ha causado cambios relevantes en la manera en la que la política exterior y la diplomacia son practicadas, pero todavía los titulares en las noticias y en revistas científicas hablan hoy de potenciales terceras guerras mundiales o de una «nueva Guerra Fría» A pesar de que las dinámicas parecen ser idénticas, los esfuerzos iniciados a través del sistema de Naciones Unidas y el proceso descolonizador y acrecentados por la revolución tecnológica, han permitido que la sociedad internacional desarrolle una reciente conciencia global sobre los eventos que tienen lugar en el mundo. En definitiva, la globalización no ha cambiado la realidad que observamos, pero sí que ha transformado los instrumentos usados para analizar esa misma realidad y sobre todo los lentes que se usan para observarla. Es por ello el momento oportuno para llevar a cabo este tipo de investigación y proponer esas definiciones, pues este efecto globalizador permite una mejor perspectiva teórica ante el objetivo de reducir la posibilidad de surgimiento de un enfrentamiento hegemónico.

2. Las normas internacionales como elemento del orden mundial

Como ya hemos indicado, uno de los mayores problemas en el programa realista es distinguir qué elementos integran el orden internacional, es decir, aquellos componentes que, en caso de cuestionarse, estarían suponiendo una revisión del sistema internacional. Esta cuestión resulta fundamental para comprender cuándo nos encontramos ante un verdadero caso de revisionismo, pues sólo definiendo el *statu quo* global podemos saber qué acciones de la política exterior suponen una revisión de este. Según JOHNSTON (2003, p. 10), esta infrateorización que hemos denunciado más arriba se debe a que, al haber usado a la Alemania nazi como ejemplo paradigmático, se ha tendido a asumir en la disciplina que reconoceremos a un revisionista cuando lo veamos, pero esto no resulta siempre tan obvio. Como ya hemos aventurado en la sección anterior,

nosotros hemos ofrecido una definición que supone un paso adelante en el estudio del revisionismo precisamente por los motivos señalados. En base a esta propuesta, el orden mundial o *statu quo* global se entiende como la combinación de las posiciones jerárquicas de los Estados, las instituciones globales, las reglas y normas existentes, y las convenciones políticas, cultuales y sociales usadas actualmente en la interacción estatal. Si bien en una realidad práctica, todos los elementos están interrelacionados y una cuestión tiende a afectar a más de uno de estos elementos, cada uno cuenta con su entidad propia e independiente y debe ser tratado así a efectos de claridad terminológica. Esta comunicación se centra en el papel que juegan las normas internacionales como elemento distintivo y su encaje dentro del orden internacional para comprender los efectos de una revisión de las mismas.

Si bien la cuestión no ha recibido una excesiva atención por parte de la literatura realista, algunos autores sí han ofrecido ciertas aproximaciones sobre qué componentes tiene el *statu quo* a nivel global, aunque de forma instrumental. Así pues, ciertos académicos sí han abordado de manera superficial la definición del orden internacional, pero sólo para poder desarrollar sus modelos relativos al revisionismo o a otros temas de similar índole. Por lo tanto, el sistema internacional como objeto de revisión estatal sólo ha sido abordado de manera instrumental, si bien algunas de las aportaciones suponen un valioso punto de partida. En este sentido, resulta interesante que casi todas las aportaciones que se han realizado, aquellas más concienzudas y también las más someras, siempre tienden a incluir las normas internacionales dentro del elenco de factores revisables. Para conocer cuál ha sido la visión de los autores realistas a este respecto, y qué normas suelen incluirse dentro del orden internacional merece la pena llevar a cabo un repaso de estas contribuciones que nos permita entender cómo las concibieron y las razones para su inclusión.

De este modo, es conveniente empezar por GILPIN, quien propone una de las aproximaciones más completas a los elementos que componen el *statu quo* global (JOHNSTON, 2003, pp. 9-10). Para GILPIN (1981, pp. 29-39), al igual que ocurre en el ámbito intraestatal, el sistema internacional se sostiene en base a una serie de pilares que garantizan su conservación en el futuro: la dominación de las grandes potencias, la jerarquía del prestigio, la división del territorio, las reglas del sistema y la economía internacional. De hecho, en su opinión, las reglas que se enmarcan en este lugar preferente que define el propio sistema son las que rigen la interacción diplomática y política, las reglas de la guerra, y las reglas económicas

y de otras áreas que sean negociadas formalmente a través de tratados internacionales que descansen sobre valores e intereses comunes, como resultado de la cooperación interestatal. Por otro lado, GILPIN (1981, p. 34) afirma que la legitimidad del dominio de una gran potencia sobre el sistema subyace en tres factores fundamentales: su victoria en la última gran guerra y su consecuente reputación demostrada, los bienes públicos que esta aporta, y los valores compartidos con un conjunto de Estados. De hecho, las normas previamente citadas que regulan las interacciones estatales son la codificación de ese sistema de legitimidad que se presenta. Por lo tanto, GILPIN reconoce una serie de normas concernientes a ámbitos diversos de la política internacional pero que son la formulación de un sistema establecido por una gran potencia que busca cristalizar esos valores que defiende. En este sentido, las normas parecen ser fruto de ese dominio de dicha gran potencia y probablemente supondrán también una expresión textual de sus intereses y su perspectiva, pero que es también abrazada por el sistema en respuesta a esa reputación. Posteriores aproximaciones a la obra de GILPIN también han seguido esta línea que hemos descrito, como es el caso de DANILOVIC (2010, pp. 104-105), quien entiende en su obra que GILPIN reconoce tres elementos claves que definen el verdadero control sobre el sistema internacional: la distribución de poder, la jerarquía del prestigio y los derechos y normas que gobiernan la interacción entre Estados.

Esta visión de GILPIN recuerda a lo descrito por ORGANSKI en lo referente la realidad internacional que tiene en mente para el establecimiento de su teoría de transición de poder. El propio ORGANSKI (1958, pp. 313-316) habla de un sistema de relaciones estabilizado a través de una nación poderosa y otras naciones menores, en el que el comportamiento, los hábitos y los patrones están establecidos y las reglas son acordadas por todas las partes. Como ya se señalaba más arriba, a través de esta definición está clara la asunción del orden como hegemónico por naturaleza, donde ciertas naciones son reconocidas como líderes, dando la impresión de ciertos bloques dominados por una acción dominante con suficiente preponderancia en el poder como para construir un sistema y someter las naciones más pequeñas con valores e intereses comunes, bajo el liderazgo de la nación dominante. Esta interpretación también es coherente con la idea de que en realidad coexisten simultáneamente dos o más órdenes internacionales con diferentes patrones de comportamiento y sus propias reglas. ORGANSKI considera que las naciones no pueden cambiar de un orden internacional a otro sin grandes cambios internos, concernientes un cambio en el sistema económico, un cambio en la clase predominante, un cambio en el sistema político y un cambio

en la ideología. Por lo tanto, parece observase que Organski estaba configurando una realidad internacional en base al esquema de bloques existente en el momento de la publicación de su obra, es decir, aquel que surge a raíz de la Guerra Fría: los llamados bloque capitalista y bloque comunista. Esto parece ser así porque es difícil encontrar previos órdenes basados en sistemas económicos, sistemas políticos o ideologías antes de la Revolución Industrial y él mismo no incluye ejemplos ilustradores a este respecto. A pesar de esta discusión, lo que resulta más interesante es la posibilidad, según Organski, de que existan múltiples bloques simultáneamente, cada uno con normas internacionales diversas que rigen las interacciones estatales y legitiman la jerarquía. Si bien esta complejidad jurídica sí pudo darse en el sistema de bloques de la segunda mitad del siglo XX, parece claro que hoy, en la era globalizada ya expuesta, estamos ante un único orden político internacional, donde la mayoría de las entidades soberanas se encuentran regidas por un mismo marco legal global, al que debemos prestar especial atención.

Otras de las grandes aportaciones sobre la relación entre las normas internacionales y la dominación del sistema internacional lo aporta MODELSKI (1978, pp. 227-228), quien defiende en su modelo de ciclos una fase de dominación del sistema internacional, seguida de fases de bipolaridad y multipolaridad, en la cual se busca garantizar la seguridad, pero también la nación preponderante cuenta sobre las transacciones y las comunicaciones globales un acceso preferente, el mejor conocimiento y un poder de negociación, además de una capacidad de "fijar las normas" en los asuntos internacionales. Sin embargo, DORAN (1989, p. 94) critica los ciclos de MODELSKI por la idea de que, en realidad, no ha habido una verdadera potencia hegemónica en la historia capaz de imponer totalmente su poder en el sistema, puesto que el poder ha sido pluralista y compartido, y el sistema siempre ha evitado que una potencial nación hegemónica impusiera su visión del orden mundial a otros Estados o escribiera las nuevas reglas del sistema acorde a sus preferencias. Esta visión resulta cuanto menos cuestionable. No decimos que las normas internacionales que dirigen el orden global sean directamente creadas por la potencia hegemónica como normas de adhesión sin tener en cuenta al resto de actores de la escena internacional, pero sí parece lógico señalar que las normas tienen un fuerte sesgo favorable a los intereses de la principal potencia hegemónica. Esto no cuestiona el modelo de equilibrio de poder en lo referente a los mecanismos del sistema para tratar de neutralizar el poder desmedido de alguna potencia internacional mediante contraalianzas, sino que defendemos que las normas internacionales tienen ciertos intereses de las

potencias hegemónicas cristalizados, tal y como queda evidenciado en la realidad práctica del sistema.

Esta misma aproximación que hemos realizado es compartida por VASQUEZ (1993, p. 112) cuando señala que la estabilidad del sistema está basada en unas ciertas normas del juego consensuadas que controlan las relaciones entre actores, en vez de estar sometida a la resolución unilateral de un Estado hegemónico. Siguiendo esta idea, defendemos que la gran potencia que lidera el sistema y se mantiene en la cúspide del modelo hegemónico diseñado por ORGANSKI no dicta las normas internacionales, pero sí propone ciertos valores, derechos y reglas que, alcanzando un cierto consenso a nivel internacional, dirigen la interacción estatal y, por ende, el orden mundial. Es precisamente por este motivo por el que no podemos interpretar las normas internacionales fuera de su contexto internacional, es decir, sin contemplar el resto de las dinámicas que tienen lugar contemporáneamente y que también componen el *statu quo* global. Esta visión es compartida por DAVIDSON (2002, pp. 125-126), quien defiende que las reglas del orden internacional son sólo "una faceta del *statu quo*", no siendo central para su definición. En términos más tangibles, esto significa que las normas internacionales y el resto de los elementos que componen el *statu quo* global, lo que hemos denominado previamente como posiciones jerárquicas de los Estados, instituciones globales y convenciones políticas, cultuales y sociales en uso, se retroalimentan. Esto es así porque estos factores cuentan con una incidencia extraordinaria en la cristalización de los intereses que tienen lugar en la elaboración de normas internacionales. Al final, las normas son un reflejo del *statu quo* y, por tanto, son el medio de codificación de unos intereses y unos criterios surgidos de ese orden mundial que busca mantenerse, perpetuarse y ordenarse gracias a esas normas internacionales.

Con el afán de incluir otra de las importantes aproximaciones que contemplan un listado exhaustivo de normas, conviene tratar ahora la aportación de CHAN. Sin pretender dar una solución al problema definitorio ya mencionado por dejarlo a futuras investigaciones, CHAN (2004a, p. 216) afirma que el *statu quo* global queda intrínsecamente vinculado a los principios del orden internacional, que "deberían incluir el principio de *pacta sunt servanda* (los acuerdos hay que cumplirlos), la observancia de la inmunidad diplomática y las reglas de la guerra, y el reconocimiento de las prerrogativas de soberanía (estableciendo la igualdad legal de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de otros)". Aquí, por ejemplo, observamos una serie de normas básicas del Derecho

y ciertas costumbres finalmente codificadas en torno a lo que se consideraba justo o moral en las relaciones interestatales, pero con un énfasis mayor en los principios vigentes en nuestro tiempo. Haciendo una recopilación de todos los elementos previamente incluidos, podemos concluir que las normas internacionales son uno de los diversos elementos que componen el *statu quo*, si bien, suponen un componente de especial relevancia por surgir de la combinación del resto de los componentes en la cristalización del *statu quo* que tratan de ordenar. Sin embargo, si bien se trata de un componente de «rápida» cristalización, también se trata de un elemento más fácilmente propuesto para su revisión, por tratarse de una materialización de los demás.

Por todo ello, y dejando el debate sobre el rol que juega la potencia hegemónica en la elaboración y perpetuación de dichas normas para más adelante, conviene centrar nuestra atención ahora en la definición de las reglas que pueden considerarse concretamente como componentes del orden mundial y, por tanto, que dirigen las relaciones interestatales. El primer problema que encontramos a ese respecto es qué entendemos por normas globales o de amplia aplicación en el escenario global. En este sentido, como ya se ha indicado con respecto a la globalización, vivimos en una realidad donde resulta aparentemente más sencillo poder afrontar este tipo de definiciones, sobre todo a raíz de la integración de la comunidad global alrededor del Sistema de Naciones Unidas y de algunas normas jurídicas que han aportado esa base común epistemológicamente hablando. De esta forma, si usamos el vínculo de CHAN entre los principios y el *statu quo*, conviene señalar que ciertas normas jurídicas son una importante fuente para encontrar los principios generales observados en el orden internacional. Sin embargo, como hemos indicado, es controvertido acordar cuál es el porcentaje de aceptación necesario para considerar a una cierta norma como «global» o «general». A modo de ejemplo, si pensamos en la pena de muerte, que no está explícitamente prohibida en ningún tratado internacional, pero se ha prohibido *de iure* o *de facto* en 142 países actualmente, según datos de Amnistía International (2019), de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas. ¿Podría considerarse como una práctica internacionalmente aceptada cuando, a pesar de este claro dominio a nivel cuantitativo entre entidades soberanas, el 60% de la población mundial vive hoy en países donde la pena de muerte todavía está vigente? De esta forma, podemos observar que tratar de definir una medida cuantitativa a este respecto para saber qué normas que forman parte del orden mundial por su aplicación universal resulta especialmente complejo, lo que obliga a usar otras estrategias.

De la misma forma, existen otras dificultades para definir esas normas globales, fruto de su encaje con el resto de los elementos del *statu quo*, como es el caso de los Estados que supeditan la observancia de las normas internacionales a la consecución de sus propios intereses políticos domésticos o internacionales, como ha ocurrido con las retiradas de la Administración Trump del Acuerdo de París sobre Cambio Climático de 2015 y del acuerdo nuclear con Irán. Otro de los problemas comunes para poder distinguir esas normas internacionales, esta vez como consecuencia de la naturaleza social del Derecho y al igual que existe en el caso de los ordenamientos internos, es que existen muchas convenciones que no tienen una codificación o forma escrita vinculante en el contexto global, como ocurre con la convención no escrita de tener en consideración a la antigua metrópoli cuando se discute una cuestión concerniente a una antigua colonia, o con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no tiene vinculación para los Estados de Naciones Unidas. Por este motivo, resulta controvertido poder definir cómo estos principios o normas deben ser incluidos en el concepto de normas internacionales y, por tanto, en el orden mundial. Por ello, debemos contemplar los principios codificados como no codificados, si bien es complicado elaborar una lista completa de reglas, normas y tratados con un amplio predicamento en el escenario internacional, sobre todo debido a la disparidad de criterios usados a la hora de dotar de un carácter «generalmente aceptado» a los textos jurídicos internacionales en vigor en el orden mundial.

En último lugar, y para establecer ese vínculo entre las normas internacionales y las instituciones globales que componen el sistema global, debemos enfocar nuestra atención ahora en Naciones Unidas, la mayor organización internacional por contemplar casi la totalidad de la superficie del planeta como entidades soberanas, ya sea como Estados miembros u observadores. Por todo este carácter, está claro que el Sistema de Naciones Unidas (las agencias, cuerpos y otros órganos que están organizacionalmente vinculados con Naciones Unidas) debe formar parte de cualquier definición del *statu quo* global actual. Sin embargo, también supone una importante fuente jurídica para nuestra identificación de las normas internacionales, como ocurre con su trato fundacional, la Carta de Naciones Unidas, que vincula a la mayor parte de las entidades soberanas, lo que hace difícil cuestionar su predicamento general de los principios ahí codificados. Estos principios que inspiran el Sistema de Naciones Unidas se pueden encontrar en los artículos 1 y 2 de la Carta de Naciones Unidas: la igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin discriminación, la igualdad

soberana de todos los Estados miembros, el cumplimiento individual de las obligaciones con buena fe, la resolución pacífica de las disputas internacionales, la abstención del uso de la fuerza con la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, la asistencia individual a las Naciones Unidas, y el principio de no intervención en cuestiones que conciernan esencialmente a la jurisdicción doméstica de cualquier Estado.

A pesar de las dificultades previamente enunciadas para establecer un listado de normas internacionales, si tenemos que establecer algún acuerdo de mínimos sí que parece que estos principios contenidos en los dos primeros artículos de la Carta de Naciones Unidas formarían parte de ese orden internacional. Para llegar al marco jurídico que guía el orden mundial, a estos principios habrá que sumarles otros tratados con amplia aceptación. Con ánimo de poder establecer esta lista, los Tratados más ratificados a nivel internacional a día de hoy son: la Convención de Viena y los Protocolos de Montreal para la Protección de la Capa de Ozono, las Convenciones de Ginebra, la Convención de Diversidad Biológica, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África, y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. A pesar del interés tan fundamental que despiertan hoy en día los derechos humanos o las cuestiones medioambientales, sí que parece que, en términos de poder, las Convenciones de Ginebra y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas son aquellas que, desde el derecho de la guerra y las convenciones diplomáticas, aportan más información sobre el orden mundial. A estos tratados habría que sumarles principios no codificados pertenecientes al derecho internacional, como es el caso del Derecho internacional consuetudinario, también sometido a requisitos no exentos de debate, como son la aceptación general, la duración y la convicción jurídico. Todo este repaso y esta aproximación a la definición de las normas internacionales permite entender mejor su complejidad para abordar ahora el estudio del revisionismo de dichas reglas del orden mundial.

3. El cambio de las normas internacionales como síntoma de revisionismo

Como hemos indicado previamente, el revisionismo lo hemos definido como la política exterior por parte de un Estado que aboga por cuestionar, corregir, enmendar, actualizar o mejorar al menos uno de los componentes del *statu quo* global. Siendo uno de estos pilares las normas y reglas internacionales,

siguiendo el esquema planteado una propuesta de modificación de las normas internacionales nos llevaría a identificar un caso claro de revisionismo. Sin embargo, esta afirmación tan racional desde las leyes de la lógica debe sufrir una serie de matizaciones al tratarse de un ámbito social, como veremos a continuación. Para ello, señalaremos las aportaciones fundamentales que se han hecho sobre la revisión de normas internacionales en el contexto hegemónico para entender en qué contexto se produce.

Partiendo de la aproximación de BULL y reflejada por GRIFFITHS (1992, pp. 134-135), el equilibrio de poder no ha servido a su principal propósito, que deberían ser la estabilidad y la paz, puesto que la preservación de los intereses y la independencia de las pequeñas naciones suele sacrificarse a expensas del equilibrio de poder, en cuyo fondo algunas áreas están divididas para asegurar iguales esferas de influencias y compensaciones o incluso contraviniendo normas internacionales para evitar la hegemonía, incluso cuando dichas normas también están en riesgo si la hegemonía se establece en el sistema. Por lo tanto, si las normas internacionales pueden ser y son infringidas tanto por la alianza del «equilibrador» como por la alianza del «perturbador» en la defensa de ambas, ¿cómo podemos diferenciar cada una de ellas? Esta pregunta plantea un interesante interrogante sobre la revisión de las normas internacionales, puesto que al ser elemento e instrumento del orden mundial, una acción contraria a dichas normas puede incluso ser beneficiosa para el mantenimiento de ciertas potencias hegemónicas para preservar su poder.

Desde la teoría de la transición de poder, CHAN (2004b, p. 2013) afirma que las condiciones necesarias y suficientes para el surgimiento de las grandes guerras son: un Estado emergente aspirante que está alcanzando o incluso ha superado a una potencia hegemónica en declive, combinado con la insatisfacción del aspirante con las normas existentes en el sistema internacional, involucrando en el conflicto no sólo a las grandes potencias sino a también a Estados menores como aliados del primero. A este respecto, KLIMAN (2015, p. 10) defiende que ORGANSKI contaba con dos variables o factores esenciales para evaluar la probabilidad de una guerra: la magnitud de la diferencia entre el poder del Estado dominante y el del aspirante, y el grado de satisfacción del aspirante con el orden internacional. Centrándonos en este debate en la segunda variable, conviene recoger la definición que aportan ORGANSKI y KUGLER (1980, p. 23), quienes señalan que es "una insatisfacción general con su posición en el sistema y un deseo de reescribir las reglas por las que funcionan las relaciones entre las naciones las

que mueven a un país a iniciar una gran guerra". Siendo así las cosas sí que parece que ORGANSKI tenía en mente una revisión de las normas internacionales dentro de la definición que él aportaba sobre el revisionismo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que ORGANSKI nunca habló directamente de revisionismo, como han malinterpretado muchos de sus seguidores, como es el caso de CHAN, al igualarlo con la insatisfacción. Como recogimos previamente, la insatisfacción aparece como una condición necesaria, pero no suficiente para la emergencia del revisionismo. Así pues, entendido aquí ese deseo de reescribir las normas como uno de los motores del conflicto hegemónico, en realidad parece ser asumida más como un efecto de la insatisfacción que como un verdadero caso de revisionismo. Esto es también coherente con la clasificación que realiza GILPIN (1981, pp. 39-44) sobre el amplio concepto de cambio internacional: (1) los cambios de sistema, que afectan a la naturaleza de los actores que componen el sistema; (2) el cambio sistémico, que propone un cambio en la gobernanza del sistema internacional; y (3) un cambio de interacción, que significa la modificación de las interacciones y procesos políticos, económicos y de otro tipo que se producen en entre los actores de un sistema internacional, refiriéndose particularmente a los derechos y reglas dentro del sistema. De esta forma, GILPIN propone con el cambio de interacción un punto intermedio en el que se enmarcaría la revisión de las normas, frente al cambio revolucionario de KISSINGER (1957, pp. 2-3). Así pues, se trataría de un revisionismo «a medias», de una política exterior que busca un cambio incremental para acomodar ciertos intereses no contemplados previamente o para adaptarse a la realidad internacional, pero no buscando subvertir por completo las normas. Esto es coherente con lo que hemos dicho sobre las normas internacionales, pues, como reflejo e instrumento del *statu quo*, sólo un cambio radical de este sería coherente con una modificación integral del marco jurídico que le rige. Fuera de ese escenario, cualquier modificación de normas internacionales sería un cambio menor que difícilmente generaría una inestabilidad sistémica, puesto que podría solventarse con una negociación interestatal que buscase acomodo a esas demandas.

A pesar de lo dicho, esta aportación de GILPIN no siempre ha sido entendida de la misma forma. DANILOVIC (2010, p. 105) cree que para GILPIN el Estado emergente aspirante cuenta con un rol fundamental, debido a la acusación de intentar cambiar las normas que gobiernan el sistema internacional, la división de las esferas de influencia y, más importante que todo, la distribución

internacional del territorio. Sin embargo, entendemos que el cambio que plantea DANILOVIC, sería más coherente tratarlo como un cambio de interacción por albergar mayor semejanza con este, lo que supondría que la negociación y, por tanto, el rol de ambas partes durante dicha negociación debería ser analizado en el caso del estallido de una guerra hegemónica. Parece que esta misma generalización del cambio hegemónico es defendida por DORAN (1989, p. 107), quien afirma que el origen de las guerras sistémicas no debe ser atribuidas únicamente al aspirante, puesto que todos los miembros del sistema central deben ser considerados cuando buscan la causa de la estabilidad, el mantenimiento o la disrupción del sistema, en lugar de reducirlo a una competición diádica por la hegemonía. Esta visión le permite, por ejemplo, argumentar, que el equilibrio puede ser alterado por cualquier potencia que experimente un cambio abrupto, inesperado o estructural hacia arriba o hacia abajo en la jerarquía. Si bien es cierto que coincidimos en que la complejidad del sistema internacional impide señalar a un verdadero culpable de la inestabilidad sistémica, tampoco creemos que un cambio inesperado en la jerarquía suponga automáticamente una disrupción que tenga que acabar en un gran conflicto, sino que abrazamos más una visión pluralista en la que la visión diádica no sea la exclusiva, pero sin generalizar a cualquier potencia.

SCHWELLER (2015, pp. 8-10) también adoptará una posición intermedia gracias a su clasificación posterior a sus trabajos de 1993 y 1994, según la cual diferencia entre los Estados revisionistas con objetivos limitados y los Estados revisionistas con objetivos ilimitados o Estados revolucionarios. Esta división, que también bebe de las diferencias entre GILPIN y KISSINGER, supone que existen potencias regionales, los Estados revisionistas con objetivos limitados, que buscan ajustes territoriales compensatorios que reflejen su poder incrementado, el reconocimiento como iguales entre las grandes potencias, o cambios en las reglas y los procedimientos de tomas de decisiones, pero no en las normas y principios básicos de los regímenes existentes. Una vez más, SCHWELLER cae en una incoherencia propia de un mundo irreal, pues si la estabilidad territorial no es una norma o principio básico del régimen internacional actual, no podemos saber qué es lo que tiene en mente cuando habla de *statu quo*. Lo que sí queda claro es que la revisión de normas no parece estar asociada a los Estados revisionistas con objetivos ilimitados, que no buscan un ajuste de diferencias en el sistema, sino una revisión del sistema en sí en una lucha por la dominación global y la supremacía ideológica. Siendo así las cosas, conviene señalar las virtudes y defectos que observamos en esta aproximación de

SCHWELLER, puesto que sí que recoge de nuevo ese punto intermedio que supone que la revisión de normas no significa automáticamente la revisión del sistema por completo, pero aportando una definición sumamente confusa que no ayuda al entendimiento de su pensamiento y provoca serias dificultades para usar su obra en futuros trabajos.

Por lo tanto, si señalamos que la revisión de las normas no es siempre una revisión del sistema en sí, cabe preguntarse por qué esto es así y si supone tanta importancia contra qué se dirige la revisión. Como autor iluminador a este respecto, JOHNSTON (2003, pp. 10-11) afirma que los Estados revisionistas pueden ser identificados en base a cinco características: (1) una baja participación en las instituciones internacionales o falta de involucración, (2) la no aceptación de las normas de la comunidad, (3) la intención de cambiar las reglas y normas en modos que acaben con los propósitos originales de la institución y la comunidad, (4) la clara preferencia por una radical redistribución del poder material en el sistema, y (5) el comportamiento que permita realizar dicha distribución de poder y la importancia del poder militar como herramienta para lograrlo. Así pues, JOHNSTON contempla dos formas diferentes de enfrentarse a las propias normas: la mera insatisfacción con las normas, y una revisión integral y revolucionaria de las normas, tal y como propone GILPIN. A este respecto, además GILPIN señala que en análisis sobre la voluntad de cambio de las reglas de juego resulta especialmente dificultoso a nivel científico por lo vago del término, definido en ocasiones con lo que aprueba la potencia hegemónica, si bien es necesario observar los intentos de cambio de las normas operacionales formales e informales promovidos por el Estado aspirante en las organizaciones internacionales en las que este es miembro.

Por su parte, CHAN (2004a, p. 211), confirmando nuestras sospechas, recoge que la insatisfacción de la que habla ORGANSKI es en realidad contra las normas internacionales, si bien la insatisfacción que termina en conflicto (lo que hemos denominado nosotros revisionismo) debería ser solo contra el contrincante hegemónico y no contra la forma en la que el sistema está reglado. Por lo tanto, ¿es la insatisfacción contra las normas una forma de ir contra el contrincante hegemónico en lugar de contra el sistema en sí? Esta es la teoría que defiende CHAN con el ejemplo de la guerra de 1866 entre Austria y Prusia, pues ninguna de las dos tenía como objetivo las reglas del sistema existente, sino que estaban en realidad insatisfechas con su posición en el sistema y por ello cuestionaron el marco jurídico por el que se regía. Como ya hemos señalado previamente, esta

propuesta es lógica, puesto que el rechazo de las normas es la forma más evidente de revisionismo, por ser la única realidad física existente que puede ser modificada o cuestionada sin infringir automáticamente los principios inspiradores del propio sistema.

Es aquí cuando debemos recuperar las aportaciones de MODELSKI, que, como vienen expresadas por DOUGHERTY y PFALTZGRAFF (2001, pp. 309-210) plantean una regularidad cíclica en largos ciclos separados por guerras globales que se encuentran a su vez divididos en cuatro etapas: (1) la guerra global, cuando la cuestión del liderazgo emerge en un contexto violento; (2) la fase de poder mundial, cuando una potencia es capaz de actuar como líder global; (3) la fase de deslegitimación, cuando se cuestiona la legitimidad del líder global que se ha alzado en el sistema; y (4) la fase de desconcentración, cuando el poder del líder mundial se reduce y nuevas coaliciones se forman por parte de los aspirantes. Ante este modelo, cabría preguntarnos qué ocurre cuando surge la iniciativa de revisión de las normas internacionales, pues si nos encontramos en la tercera fase, de deslegitimación, quizás lo que se está poniendo en tela de juicio no es la norma en sí, sino la legitimidad que tenía el líder mundial cuando impuso una serie de normas entre la primera y segunda fase, es decir, tras el conflicto en el que resultó victorioso. Siendo así las cosas, confirmamos entonces lo señalado por ORGANSKI, quien decía que, a pesar de lo relativo de la satisfacción, por lo general, las naciones alineadas con el Estado dominante están más satisfechas con el orden internacional actual y sus reglas de funcionamiento puesto que sienten que el orden existente es el que mejores posibilidades les ofrece para obtener los objetivos en mente.

Así pues, encontramos un problema fundamental expresado también por JOHNSTON (2003, p. 9) al analizar la aportación de ORGANSKI y KUGLER, puesto que recoge que los Estados de *statu quo* son aquellos que han participado en el diseño de las "reglas del juego" y que se benefician de dichas normas, mientras que los Estados revisionistas buscan un nuevo lugar para ellos en la sociedad internacional que sea equiparable a su poder y por ello expresan ese deseo de reescribir las normas por las cuales las relaciones entre naciones funcionan. Esto coincide también con lo expresado por LEE (2011, pp. 15-16), quien afirma que es normal que la nación que domina la jerarquía esté más satisfecha que las pequeñas potencias con el resultado de las reglas establecidas, especialmente si ese resultado significa para esas grandes potencias tener el control de la mayor parte de la riqueza, disfrutar de la mayor prosperidad y controlar gran parte del poder

del sistema. Siendo así las cosas, hablamos de ciertos Estados victoriosos en la última guerra que han visto reducido su poder y, por tanto, empiezan a emerger las primeras grietas de su liderazgo, el cual ha tendido a recoger el mayor beneficio para sí mismos, negando esta posibilidad a futuros Estados que pudieran emerger. Si esto fuera realmente así, ¿no sería una revisión de las normas no solo aconsejable o lógico, sino además legitimador para el propio sistema, aunque no para sus líderes? Esta misma lógica se sigue si la norma es injusta o si se propone una revisión porque una norma o convención está obsoleta, ante lo cual no se puede considerar que el Estado sea agresivo, revolucionario, subversivo o aislacionista, como se defiende por muchos académicos realistas. En este escenario, sólo se estaría planteando un cambio que puede ser aceptado o no por la comunidad internacional.

Muchos autores tienden a criminalizar a los Estados que impulsan el revisionismo en la base de que ha habido transiciones pacíficas del poder, como fue el caso de Estados Unidos a finales del siglo XIX y comienzos del XX (como ejemplo, DANILOVIC, 2010, p. 77). A este respecto, debemos citar primero a CHAN (2012, p. 177), quien señala en el caso de Estados Unidos que "ya sea vea a través de su conducta práctica (con el agrandamiento territorial del continente norteamericano y la guerra colonial en las Filipinas,) como de adherencia a las normas internacionales existentes (como fue la declaración unilateral de Washington sobre la Doctrina Monroe", Estados Unidos no puede ser considerada una potencia de *statu quo* en el siglo XIX, generando por tanto dudas sobre la satisfacción que esta tenía sobre la hegemonía bajo dominio británico. Según ORGANSKI (1958, p. 323), Estados Unidos como Estado aspirante constituye una excepción a la teoría de transición de poder por dos motivos esenciales. El primero es que su creciente poder no iba en detrimento de los intereses británicos, puesto que Estados Unidos no aspiraba a alcanzar el liderazgo mundial, y su poder estuvo causado casi exclusivamente por desarrollos internos que no amenazaban a Reino Unido. El segundo es que Estados Unidos aceptó el orden internacional anglo-francés. Ambos motivos resultan altamente controvertibles y parecen estar guiados por un sesgo a favor de Estados Unidos. Sin embargo, nos ocupa especialmente el segundo, ya que debemos tener en cuenta que ORGANSKI asume que Estados Unidos ya formaba parte de ese orden y, por tanto, se beneficiaba de que todas las naciones ya respetaban esas normas establecidas y comportamientos. Además, debemos tener en cuenta que en 1895 se produjo el reconocimiento británico sobre el estatus de Estados Unidos como gran potencia (KHONG, 2001, p. 35), evento que no tuvo lugar por ejemplo

en el caso de Alemania en el mismo período por suponer una amenaza directa a los intereses vitales británicas, derivando en la Primera Guerra Mundial. Todo esto invita a repensar el rol que tiene la potencia hegemónica en ese momento ante el ascenso de un Estado que desafíe esa hegemonía. ¿Y si la excepción fue Gran Bretaña como líder, en lugar de Estados Unidos como aspirante?

Este planteamiento permitiría llegar a la idea de que la revisión de las normas internacionales depende en gran medida de los mecanismos que existan para poder ejecutar esa modificación y la voluntad de los Estados de *statu quo* de hacer hueco para esas demandas y reconocer a dicha potencia emergente. Al final, nos encontramos ante una visión según la cual las normas, como instrumento y reflejo del orden mundial, suponen lo que GILPIN denomina un cambio de interacción, es decir, un cambio menor sujeto a negociación interestatal para tratar de buscar ese acomodo que a veces es negado por un simple deseo de preservarse en el liderazgo mundial, aunque el poder no acompañe esa ambición. Por lo tanto, si la jerarquía de poder es una forma de reflejar la importancia de cada Estado en el entramado internacional, parece obvio que las normas internacionales, como reflejo de este, también recojan esa distribución cambiante. Por lo tanto, y partiendo de la lógica que parecía indicar que toda revisión de las normas internacionales suponía una revisión del orden internacional por completo, podemos concluir que las normas internacionales pueden ser modificadas sin suponer una inestabilidad del sistema completo y, de hecho, incluso se dan ocasiones en las que la revisión de dichas normas internacionales resulta deseable desde el punto de vista de la estabilidad para garantizar una correcta representación de la distribución de poder existente en un determinado momento, huyendo de la perpetuación de un sistema nacido del final de una guerra, como puede ocurrir ante el caso de nuestros sistema actual, diseñado en Yalta en 1945.

4. Cristalizar derechos en una realidad cambiante desde la ética y la seguridad

A lo largo de la historia son muchos los ejemplos que plantean las dificultades que se viven en el orden internacional ante la coexistencia de dos potencias contrapuestas disputándose la hegemonía. Uno de los pilares fundamentales a este respecto son las normas internacionales que, a pesar de sus problemas definitorios, actúan como elemento, instrumento y reflejo del *statu quo* global. Además, las normas internacionales y su adherencia sirven para poder evaluar cuán estable es el sistema por poder observar la satisfacción que se tiene

sobre dichas normas. Sin embargo, una vez más, la realidad suele ser un poco más compleja que estos modelos teóricos. Este es el caso de Japón en el siglo XIX, cuando, a pesar de su emergencia, no era reconocida por el resto de grandes potencias. En palabras de KHONG (2001, p. 42), "no es que las demandas de Japón no fueran oídas en la mesa de negociación, sino que su misma existencia en la mesa era negada". Por eso resulta curioso que, como defiende CHAN (2004b, p. 127), el Japón imperial aceptase los intereses, normas y valores occidentales, y aún así sus intentos para alcanzar una influencia internacional o el reconocimiento de su estatus fuese sistemáticamente negado por las potencias occidentales, al contrario de lo que sucedía en ese tiempo, como ya hemos visto, con Estados Unidos. Tras toda esta conformidad con los valores occidentales, Japón reaccionó enviando la Misión Iwakura a Occidente durante la era Meiji (1871-1873) con el objetivo de expresar la necesidad de revisar los tratados firmados por Japón en una posición de inferioridad durante ese siglo. Sin embargo, esta ambición solo se lograría en 1899 tras la entrada en vigor del Código Civil japonés, lo que generaría ya una amplia insatisfacción en el pueblo japonés, que apoyaría la expansión nacionalista en las décadas siguientes precisamente por esa negación de estatus que había sufrido, sobre todo en cuanto a sus normas.

Además del caso de Japón, otros dos ejemplos resultan pertinentes a este respecto. El primero es el archiconocido caso de China, que considera en su retórica que sufrió un siglo de humillación desde 1842, con el estallido de la Primera Guerra del Opio, hasta 1949, cuando se produce la liberación del Partido Comunista Chino, con un fuerte discurso de liberación nacional frente al yugo de las potencias extranjeras que impregnó durante décadas también la enseñanza, el arte y otros medios de transmisión intergeneracionales. Además de las derrotas militares que se produjeron en ese período, probablemente los elementos que son más evocados sobre este siglo de humillación son los denominados «tratados desiguales», es decir todos aquellos tratados que, al igual que en el caso de Japón, pero en mayor medida con China por su debilidad militar y económica, firmaron las potencias extranjeras coloniales aprovechando dicha situación para obtener intercambios especialmente ventajosos. En el caso de China durante dicho siglo de humillación, estos tratados desiguales, firmados tras las derrotas de China en los conflictos bélicos, supusieron cesión de territorio, compensaciones de guerra, e incluso la cesión de puertos controlados extraterritorialmente por las potencias extranjeras. Así pues, se planteaban medidas extraordinarias que buscaban someter a China y acrecentar el poderío de dichas potencias coloniales en el país asiático. Lógicamente, cuando China alcanzó una posición de mayor poder, denunció

dichos tratados desiguales y buscó la revisión de los mismos, produciéndose esta no en compensación por el mal que se había llevado a cabo en China, sino para frenar la expansión japonesa en el continente, sobre todo durante la Segunda Guerra Mundial. A pesar de ello, los efectos de los tratados desiguales se han dejado sentir mucho después de este conflicto bélico, como se pudo observar con la cesión de Hong Kong a manos británicas hasta 1997 y los problemas territoriales existentes ante una provincia que no se siente ni está plenamente integrado en el sistema central chino. Sin embargo, lo más importante para nuestra investigación es el resentimiento que China tiene hacia la legislación internacional actual debido a estos acontecimientos. Es necesario tener en cuenta que, a pesar de que China no desafía las normas internacionales, entiende que no está bien representada y cuestiona la autoridad moral de las potencias extranjeras que años anteriores habían diseñado un entramado legal claramente injusto y que incluso ridiculizaron a la delegación china en la ceremonia del Tratado de Versalles de 1919. Cuando a este escenario se le suma la importancia geoestratégica y el poder con el que cuenta China en la actualidad, resulta claramente cuestionable esta humillación a la que se le sometió por parte de potencias que ahora cuentan con menor poder y se entiende un deseo de revisión que, a pesar de no expresarse abiertamente para mantener la estabilidad del sistema, impregna la política exterior china en sus intervenciones públicas.

El otro gran ejemplo que debemos tener en cuenta es Alemania en el período de entreguerras. Como ya se ha indicado en palabras de SCHUMAN (1933, pp. 509-510) y MORGENTHAU (1948, pp. 21-25), la política de *statu quo* busca mantener la distribución de poder existente en un momento particular de la historia, que suele coincidir con el fin de una guerra hegemónica, cuando los ganadores y perdedores se identifican con claridad. En el caso de Alemania, la derrota en la Gran Guerra generó unas condiciones escandalosas que fueron impuestas sin ningún reparo por las potencias victoriosas en 1919 a través de la firma del Tratado de Versalles. Tal y como afirma CARR (1937, p. 9), además de las reparaciones de guerra establecidas por las naciones aliadas, que sumieron a Alemania en una recesión económica sin precedentes en su historia, el Tratado de Versalles contemplaba la pérdida de Alemania de casi 65 000 kilómetros cuadrados y 7 millones de habitante. Para entender la magnitud de esta pérdida y en proporción sería como si España perdiese territorialmente Cataluña y Galicia o poblacionalmente Galicia y País Vasco, o como si a Estados Unidos se le privara de Texas, Nuevo México y Florida. Esta humillación en el ámbito público, político y económico, a través de un auténtico tratado de adhesión donde Alemania solo

pudo firmar las condiciones decididas por otros, y tras un conflicto hegemónico surgido por el no reconocimiento de las legítimas demandas de Alemania para convertirse en una potencia naval que pudiera competir con la británica, tuvieron importantes consecuencias en los años venideros. Así pues, gran parte del descontento del pueblo alemán con esta realidad fue recogido por el movimiento nazi, que consiguió el apoyo social gracias a un discurso de confrontación con el resto de grandes potencias y una ambición expansiva nacionalista solo semejante a la existente en Japón en la misma época.

Estos tres ejemplos plantean la importancia de las normas internacionales como instrumento de humillación para los derrotados en conflictos internacionales, ya sean asimétricos o hegemónicos. En todos los ejemplos, el Estado humillado, una vez recuperó poder, terminó desarrollando un discurso contrario a las potencias que buscaron su sometimiento una vez. En dos casos, el de Alemania y Japón, esto se tradujo en una amenaza expansiva que derivó en la Segunda Guerra Mundial en ambos frentes europeo y del Pacífico, mientras que en el caso de China aún no podemos concluir con certeza a dónde llevará ese resentimiento claramente palpable hacia unas potencias que se aprovecharon de su debilidad momentánea en lugar de respetar su posición. En tanto las normas internacionales que rigen las dinámicas interestatales se usan para castigar a las potencias derrotadas y reafirmar el poderío de las potencias vencedoras, difícilmente se podrá plantear que se deben respetar las normas internacionales o la legitimidad de sus Estados creadores. De hecho, ya hemos visto que, en un mundo cambiante, es fácil poder observar que las aparentes potencias de *statu quo* pueden cometer terribles vulneraciones de los principios que ellos mismos pronuncian, como ocurrió con el Tratado de Versalles, que decía ser inspirado por la autodeterminación de los pueblos. La realidad internacional es precisamente mucho más compleja y las dinámicas de cambio dificultan aún más la labor de cristalización de los derechos de un determinado momento, por la posible insatisfacción que se genere en base a esas normas establecidas.

Ahondando un poco más en la insatisfacción con las normas y reglas existentes como una de las modalidades de insatisfacción con el sistema internacional, como ya hemos indicado, las normas y reglas internacionales son parte del *statu quo* y tienden a su vez a capturar la esencia del sistema que intentan regular. En general, suelen ser el resultado de profundas negociaciones entre las potencias o de ciertas convenciones que han cristalizado como normas legales. En el Derecho Internacional, las reglas y las normas entran en vigor con la ratificación

de las entidades soberanas que han negociado los tratados internacionales o se adhieren a ellos posteriormente. El problema de este sistema es que ciertos convenios son mucho más antiguos que la actual distribución de territorio entre entidades soberanas, provocando que ciertas reglas hayan sido negociadas sin la existencia de países que emergieron, por ejemplo, de los procesos descolonizadores que tuvieron lugar en los años 50 y 60 del pasado siglo. Por lo tanto, mientras que las normas capturaban la esencia del sistema que existía en su momento, actualmente no reflejan la imagen completa que existe hoy día en las Relaciones Internacionales. Si además esas normas incluyen algunos elementos que han sido y siguen siendo importantes desde la perspectiva europea/ norteamericana/occidental, se generará una presión adicional por parte del sistema internacional sobre estos Estados recientes para su adherencia a estos convenios sin posibilidad de negociación. Esta situación genera una insatisfacción hacia las reglas y normas desde una perspectiva formal, en cuanto que el principio de negociación de dichas normas es inaplicable para aquellas naciones surgidas con posterioridad. De hecho, ante esta situación solo hay dos comportamientos posibles: la adherencia a esos convenios o la exclusión, sin mayor renegociación o reconsideración del contenido de dichos pactos. Esto ocurre con normas y pactos que han sido acordadas sólo por las grandes potencias o por las naciones occidentales, en su condición de actores más reputados del sistema internacional, excluyendo a quienes no cuenten con esta consideración. Así pues, incluso cuando la participación en la fase de negociación se produce por el estatus sí se reconoce, las enmiendas de dichas naciones no suelen ser tenidas en cuenta con la misma validez que las procedentes del club tradicional de los países que ostentasen la etiqueta previamente. El mejor ejemplo para poder explicar esta insatisfacción con el procedimiento y el contenido formal es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pues el único órgano internacional que produce normas y reglas vinculantes para casi todas las entidades soberanas de nuestro planeta son decididas con solo quince Estados participando en sus deliberaciones de forma ordinaria, lo que resulta difícilmente entendible en el contexto internacional actual y con las facilidades de comunicación y presencia.

De este modo, la insatisfacción con las reglas y las normas internacionales suele ser la causa más común de insatisfacción y también el objeto más importante de revisión estatal por parte de las élites nacionales, puesto que no se requiere ostentar una determinada posición de poder para sostener que una norma o regla es injusta o que no protege los intereses de ciertos Estados. El problema es que la abstracción y el escaso cumplimiento de estas normas internacionales se da por

sentado, o que supone que las naciones no aboguen tan firmemente por una revisión de dichas normas internacionales a menos que estén en juego o se cuestionen valores fundamentales o derechos de la nación emergente, de sus aliados, o de la comunidad o sociedad internacional en su conjunto. En cualquier caso, parece obvio que la responsabilidad por esta insatisfacción en el ámbito formal debe recaer en aquellos actores que diseñan mecanismos de participación tan reducidos y que participan en esa toma de decisiones que resulta excluyente. La propuesta para solucionar el descontento con las normas tanto en el ámbito formal como en el ámbito material es el mismo: permitir que el sistema sea más flexible para adaptarse al constante flujo de cambios que tienen lugar en el orden internacional, usando como principal medida la jerarquía de poder existente en el verdadero momento. Es obvio que en ese continuo cambio que se experimenta en el escenario global las normas pueden quedar fácilmente obsoletas o no reflejar correctamente el equilibrio de fuerzas, pero el marco jurídico es fundamental para el orden y ello implica cierta cristalización de derechos. Sin duda, la solución pasa por propuestas de compromiso entre todas las partes que permitan no tener que realizar tantos cambios y, a su vez, garantizar los mecanismos de revisión oportunos que permitan plantear una modificación del marco jurídico sin poner en tela de juicio el sistema por completo y, sobre todo, sin tener que recurrir a la fuerza. Al final, la verdadera estabilidad del *statu quo* se obtiene a través de la ausencia de contestaciones violentas, que solo pueden considerarse legítimas si el poder relativo mayoritario apoya la demanda, lo que resulta tremendamente complejo de evaluar en el sistema internacional. Lo que sí parece claro es que, si el sistema no es flexible, la adaptabilidad de este reduce y las contestaciones violentas provocadas por la insatisfacción por las normas vigentes, el mantenimiento de estas por parte de las potencias hegemónicas en base a una supuesta paz neutral, y la rigidez del sistema ante esas demandas de cambio, derivarán en una mayor inestabilidad sistémica.

En este caso, parece obvio que la Teoría del Derecho debe tratar de encontrar un punto medio sobre cómo compaginar un orden global cambiante con la cristalización de derechos, sobre todo en un mundo como el descrito por el programa realista, en el que las normas sólo son una expresión de los intereses y del poder y las entidades estatales se encuentran en una continua búsqueda de mayor poder, incluso recurriendo al argumento de la seguridad legal para poder retener dicho poder. Como ya hemos indicado, en una realidad anárquica como la internacional, la elaboración de normas va a tender a observar el beneficio o a escuchar solo a las potencias dominantes, pero es precisamente aquí donde se debe

evitar la figura de las normas de adhesión, que han generado históricamente tanto malestar por potencias que luego se han revuelto no solo contra dichas normas, sino contra los actores que se las impusieron o contra el sistema global diseñado por estos. Esta es la diferencia entre los cambios propuestos por GILPIN o entre las categorías de Estados revisionistas con objetivos limitados o ilimitados de SCHWELLER, con una importancia fundamental entre lo que puede ser un cambio incremental menor solucionable mediante negociación interestatal, y una revisión revolucionaria que cuestiona todos los pilares del orden mundial mediante el uso de la fuerza y el movimiento de alianzas militares para lograr ese cambio sistémico.

Pero, sobre todo, esta comunicación pone el énfasis en el rol de los Estados dominantes que han visto recientemente reducido su poder y deben afrontar la previsible transición de poder que tiene lugar en contextos de competición hegemónica frente a sus competidores, puesto que la decisión que ellos tomen será fundamental para entender las dinámicas venideras en los años siguientes. Los ejemplos de Japón, China y Alemania han puesto el énfasis en el origen del liderazgo mundial, en tanto que el revanchismo tras un conflicto hegemónico dirigido por la potencia victoriosa históricamente solo ha incrementado la frustración de la potencia derrotada por la cristalización de esa derrota y las medidas punitivas impuestas que, más allá del honor, afectan a su economía, territorio, población y, en definitiva, a su poder. Sin embargo, resulta aún más fundamental abordar la posición que la potencia hegemónica adopta cuando se encuentra en pleno declive frente a otro Estado emergente que le disputa la hegemonía. Esto es así porque, a pesar de que aparentemente ambas facciones parten de posiciones irreconciliables, la realidad es que se trata del problema político por excelencia: la perspectiva temporal con la que se mira la realidad internacional y que dirige la agenda política de cada uno de los actores. Así pues, el Estado dominante en declive se encuentra en un debate entre mantener el *statu quo* existente o favorecer el cambio. En el primer caso, si bien el mantenimiento del sistema le permitiría perpetuar la posición, lo que comúnmente se relaciona con una postura de mayor seguridad, la realidad es que el dilema de seguridad probablemente haría que dicho Estado de *statu quo* vulnerase normas internacionales para hacer uso de la fuerza y realizar un ataque preventivo que debilitase a la potencia competidora. El efecto de esta dinámica es bien conocido por lo que hemos ya explicado: un ataque a la potencia competidora en plena emergencia causaría una mayor insatisfacción que podría hacer que un cambio de interacción se transformara en una revisión revolucionaria del sistema, lo que suele

conducir a un conflicto hegemónico, donde la potencia dominante puede obtener todo el poder o perderlo todo. Por lo tanto, lo que parecía ser en el corto plazo una respuesta basada en la seguridad, difícilmente podría seguir recibiendo esa consideración en el largo plazo. Por su parte, si la nación dominante en declive optase por la solución ética, es decir, la permisibilidad del cambio que garantice el reflejo de la situación actual, esta política generaría una satisfacción que reduciría al mínimo las posibilidades de acabar en un conflicto bélico a nivel internacional, lo que sin duda sí que garantiza la seguridad a largo plazo, que es la seguridad real.

De este modo, planteamos que no existe un verdadero debate entre la ética y la seguridad en el largo plazo, pues una de las opciones supone un riesgo demasiado grande, sobre todo teniendo en cuenta la experiencia británica al permitir la transición a Estados Unidos, con quien ha mantenido una «relación especial» que le ha permitido poder seguir contando en las dinámicas internacionales, mucho más que cualquier otra potencia hegemónica anterior que se enfrentara en un conflicto sistémico a su oponente. Así pues, si hablamos de una verdadera aspiración de seguridad y una preocupación por la estabilidad del sistema, la decisión que debería tomar el Estado dominante en declive sería la integración paulatina de esas demandas planteadas por el competidor hegemónico para poder seguir ostentando un rol importante en la realidad global, a la vez que se garantiza la seguridad a largo plazo de todos sus integrantes y la reducción del uso de la fuerza. Al final, si la ética y la seguridad real se dan la mano, se podría conseguir evitar el surgimiento de conflictos bélicos originados por bloqueos a modificaciones de normas internacionales, que son, sin duda, las realidades más fáciles de adaptar al verdadero carácter cambiante del orden internacional y, por ello, suponen un magnífico punto de partida para la flexibilidad del sistema.

CONCLUSIONES: ¿Cómo tratar un intento de revisión de las normas internacionales? Una visión desde Europa y América Latina

Desde los postulados del programa realista de la Teoría de las Relaciones Internacionales ya hemos visto que todos los Estados van a buscar crear el entorno internacional más favorable para perseguir sus objetivos, con un deseo de ampliar su poder y asegurar su supervivencia y el cumplimiento de sus intereses. En este propósito, las reglas internacionales juegan un rol fundamental en el revisionismo estatal ante el cambio hegemónico por el triple carácter con el que cuentan: componente, instrumento y reflejo del *statu quo* global. Esto hace que una propuesta de modificación de las normas internacionales deba ser correctamente

identificada para entender si se trata de un cambio menor abordable desde la negociación o de una revisión integral del sistema abocada al conflicto. Sin embargo, también supone un importante reto para las naciones que han estado dominando el sistema internacional, pues conviene hacer hueco a las potencias emergentes para así poder garantizar la verdadera seguridad a largo plazo en el sistema, en lugar adoptar una posición revanchista que genere una humillación en las naciones que integran el entramado internacional, pues eso sí que genera una insatisfacción mayor y en la que resulta más complicado encontrar un compromiso desde los postulados pacíficos. Siendo así las cosas, esta comunicación constituye un punto de partida sobre la importancia de contemplar mecanismos de flexibilidad en el sistema para garantizar que todas las potencias son escuchadas e integradas en el debate. Este mecanismo, siguiendo el ejemplo del ascenso de Estados Unidos gracias a la permisibilidad de Gran Bretaña, parece ser el que mejores resultados ofrece para la consecución de la estabilidad sistémica. Además, el carácter inestable de la sociedad, es decir, su sometimiento a continuos cambios genera una fricción entre el carácter cristalizador y perpetuador de las normas internacionales y una realidad que intenta ordenar, sometida a perpetuos cambios. Desde la Teoría del Derecho, esta situación se tiende a resolver desde la creación de mecanismos de revisión y lo mismo creemos aplicable para el caso del Derecho Internacional, pues sólo a través de estas posibilidades de expresar las demandas y propuestas se podrán canalizar las mismas en torno a una retórica continuista con el orden, en lugar de rupturista.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, se plantean importantes retos para el panorama internacional, pero la abstracción teórica inherente a este trabajo ha impedido su concreción en términos reales. En el actual enfrentamiento hegemónico entre Estados Unidos como potencia líder en declive y China como Estado emergente aspirante a la hegemonía, es Estados Unidos quien debe facilitar este ascenso de China a través de las normas internacionales, pues el descontento chino tras el siglo de las humillaciones puede causar que esta potencia opte por un cambio más radical del sistema en el caso de oposición y bloqueo estadounidense a sus ambiciones e intereses, ahora que cuentan con un poder relativo equiparable. Esto no significa que el sistema internacional deba transformarse en base a los intereses chinos, pero sí que se estudien los desagravios que las autoridades de Pekín señalen sobre las principales normas y principios internacionales que hemos mencionado. China y Estados Unidos deberían trabajar juntos para garantizar la creación de un orden que sea compatible con sus intereses y que no caiga en el riesgo de inestabilidad sistémica por el uso de la fuerza por cualquier de las partes.

Pero ¿qué sucede si Estados Unidos no quiere abandonar las normas establecidas bajo su liderazgo durante su dominación de la realidad internacional?

Para poder evitar la inestabilidad sistémica que un bloqueo de las aspiraciones chinas en el marco de las normas internacionales podría causar otros actores deberían de presionar para conseguir un mayor aperturismo hacia la potencia emergente. Es por ello por lo que proponemos que Europa y América Latina, como actores intermedios con gran capacidad de movilidad en el escenario internacional, busquen la posición de referentes jurídicos a través de la proposición de esas herramientas para una fácil revisión que pocas veces se contemplan en los tratados internacionales que se adoptan en el marco jurídico actual. Afortunadamente, hablamos de un ámbito de trabajo en el que los Estados son entidades guiadas por la racionalidad colectiva y que no deben presumir la observancia de leyes internacionales por las escasas consecuencias en caso de incumplimiento. Por ello, la existencia de herramientas que faciliten las modificaciones de tratados internacionales y prácticas codificadas y no codificadas no tienen por qué significar realmente cambios de enorme calado en el sistema internacional, sobre todo cuando hablamos de cambios incrementales. En este contexto, Europa y América Latina, por sus particulares relaciones con Estados Unidos y su fuerza en el escenario internacional como bloques geográficamente cohesionados y con intereses comunes, suponen los actores ideales para plantear este tipo de propuestas.

Si bien no depende de ellos ni de nosotros la verdadera consecución de la estabilidad sistémica, sí que creemos relevante cambiar también la retórica en el ámbito científico para contemplar la fricción entre la cristalización del Derecho y lo cambiante del sistema internacional evitando las consideraciones de seguridad cuando en realidad hablamos solo de una seguridad a corto plazo. Esta no resulta una cuestión baladí, pues desde la Teoría de las Relaciones Internacionales se suelen aportar conocimientos y conceptos que terminan penetrando en el debate público, lo que puede hacer que eventualmente genere una respuesta en el ámbito político y social, defendiendo que la ética y la seguridad no son conceptos enfrentados, sino que ambos son objetivos alcanzables a través de una flexibilidad de la revisión de las normas internacionales y un compromiso con la verdadera estabilidad pacífica del orden global existente.

REFERENCIAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Amnesty International Global Report: Death Sentences and Executions 2018*, Londres: Amnesty International, 2019.

CALDUCH, Rafael. *Teorías de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

CARR, Edward Hallett. *International Relations Since the Peace Treaties*. Londres: Macmillan and Co., 1937.

CARR, Edward Hallett. *The Twenty Years' Crisis, 1919 - 1939:* An Introduction to the Study of International Relations. Londres: Macmillan and Co., 1939.

CHAN, Steve. Can't get no satisfaction? The recognition of revisionist states. *International Relations of the Asia-Pacific*, Volume 4, pp. 207-238, 2004a.

CHAN, Steve. Exploring Puzzles in Power-Transition Theory: Implications for Sino-American Relations. *Security Studies*, 13(3), pp. 103-141, 2004b.

CHAN, Steve. *Looking for Balance*: China, the United States, and Power Balancing in East China. Stanford (California): Stanford University Press, 2012.

DAVIDSON, Jason. The Roots of Revisionism: Fascist Italy, 1922-39. *Security Studies*, 11(4), pp. 125-159, 2002.

DANILOVIC, Vesna. *When the Stakes Are High:* Deterrence and Conflict among Major Powers. 5 ed. [S.l.]: The University of Michigan Press, 2010

DOUGHERTY, James E.; PFALTZGRAFF, Robert L. *Contending Theories of International Relations:* A Comprehensive Survey. 5 ed. [S.l.]: Longman, 2001.

DORAN, Charles F. Power Cycle Theory of Systems Structure and Stability: Commonalities and Complementarities, en MIDLARSKY, Manus I. (ed.). *Handbook of War Studies*. Boston: Unwin Hyman, pp. 83-110, 1989.

GILPIN, Robert. *War and Change in International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

GRIFFITHS, Martin. *Realism, Idealism and International Politics:* A Reinterpretation. Londres: Routledge, 1992.

JOHNSTON, Alastair Iain. Is China a Status Quo Power?. *International Security*, Spring 2003, 27(4), pp. 5-56, 2003.

KHONG, Yuen Foong. Negotiating 'order' during power transitions, en KUPCHAN, Charles A.; ADLER, Emanuel; COICAUD, Jean-Marc; KHONG, Yuen Foong (eds.). *Power in transition:* The peaceful change of

international order. Tokio: United Nations University Press, pp. 34-67, 2001.

KIM, Woosang. Alliance Transitions and Great Power War. *American Journal of Political Science*, November 1991, 35(4), pp. 833-850, 1991.

KISSINGER, Henry A. *A World Restored:* Metternich, Castlereagh and the Problems of Peace 1812-22. Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1957.

KLIMAN, Daniel M. *Fateful Transitions:* How Democracies Manage Rising Powers, from the Eve of World War I to China's Ascendance. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2015.

KUPCHAN, Charles A. *No One's World:* The West, the Rising Rest and the Coming Global Turn. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2012.

LEE, Tieh-shang. China's Rising Military Power and Its Impact, en BAOGANG, Guo; TENG; Chung Chian (eds.) *China's Quite Rise:* Peace Through Integration. Lahman: Lexington Books, pp. 15-29, 2015.

MILLER, Benjamin. *States, Nations, and the Great Powers:* The Sources of Regional War and Peace. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MODELSKI, George. The Long Cycle of Global Politics and the Nation-State. *Comparative Studies in Society and History*, April 1978, 20(2), pp. 214-235, 1978

MORGENTHAU, Hans J. *Politics among Nations:* The Struggle for Power and Peace. New York: Alfred A. Knopf, 1948.

ORGANSKI, A. F. K. *World Politics*. Nueva York: Alfred N. Knopf, 1958.

ORGANSKI, A. F. K.; KUGLER, Jacek. *The War Ledger*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 1980.

ROSE, Guideon. Review: Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy. *World Politics*, October 1998, 51(1), pp. 144-172, 1998.

RYNNING, Jens; RINGSMOSE; Sten. Why Are Revisionist States Revisionist? Reviving Classical Realism as an Approach to Understanding International Change. *International Politics*, Volume 45, pp. 19-39, 2008.

SCHUMAN, Frederick L. *International Politics:* An Introduction to the Western State System. Nueva York y London: McGraw-Hill Book Company, 1933.

SCHWELLER, Randall L. Tripolarity and the Second World War. *International Studies Quaterly*, March 1993, 37(1), pp. 73-103, 1993.

SCHWELLER, Randall L. Rising Powers and Revisionism in Emerging International Orders. *Valdai Papers*, May 2015, Issue 16, pp. 2-15, 2015.

VASQUEZ, John A. *The War Puzzle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

WOLFERS, Arnold. The Balance of Power in Theory and Practice. *Naval War College Review*, 12(1), 1959.

WOLFERS, Arnold. *Discord and Collaboration:* Essays on International Politics. Baltimore: The John Hopkins Press, 1962.

RESPONDIENDO A LA CRISIS EN MALI: un análisis comparado del rol de EUTM, MINUSMA y BARKHANE

Ignacio Mejias Nabás
Escuela Diplomática
Estudiante, Madrid, España
mejiasnacho@hotmail.com

Resumen: En 2013 un golpe de estado y un conflicto en el norte del país, llevaron a Mali a una crisis de seguridad cuyas consecuencias afectan a toda la región del Sahel que tiene una importancia estratégica vital para Europa. Es por ello que se han puesto en marcha tres misiones extrajeras que operan en el país, EUTM por parte de la Unión Europea, la Operación berkhane por parte de Francia y MINUSMA por parte de las Naciones Unidas. En este escrito se analizan de manera comparativa estas tres iniciativas para ver como cada organismo actúa sobre un mismo contexto, como se relacionan estas misiones entre ellas y con el propio gobierno maliense y que resultados han tenido hasta ahora.

Palabras-clave: Mali, Niger, Burkina Faso, Yihadismo, Terrorismo, Seguridad, Unión Europea, Francia, ONU, Narcotráfico, Flanco sur profundo.

Abstract: In 2013 a coup d'état and an armed conflict in the north of the country, threw Mali into a security crisis whose consequences affect all the Sahel region, a strategic enclave for the EU. In response to these three missions where set up by foreign actors to operate in the country. EUTM by the European Union, Operation Barkhane by France and MINUSMA by the United nations. In this article we analyze and compare these three operations in order to see how each organism act upon a similar context, how these missions interact with each other and with the Malian government and which results have they presented for now.

Key-Words: Mali, Niger, Burkina Faso, Jihadism, Terrorism, Security, European Union, France, UN, Narcotraffic, Deep southern flank.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es presentar y comparar las tres misiones militares extranjeras desplegadas actualmente en Mali, la European Training Mision (EUTM) por parte de la unión europea, la Operación Barkkane en el caso de Francia y la Mision Multidiensional Integrada de Estabilizacion de las Naciones Unidas en Mali (MINUSMA). Tras la crisis de 2012 y 2013 en Mali, el área del Sahel ha suscitado un creciente interés para la comunidad internacional en, el

tráfico de substancias ilícitas, armas y personas a través de un territorio con fronteras muy porosas y sobre todo la actividad yihadista en la zona, que llevó a que en 2012 se llegara a temer que se pudiera convertir el área en un santuario para estos grupos, son razones que han llevado a una creciente implicación en la zona de actores extra-regionales EUTM Mali, Operación Barkhane y MINUSMA son las tres misiones militares extrajeras más importantes de la zona y cada una tiene un enfoque, con unos medios y unos objetivos distintos, pero todas buscan mejorar la seguridad en el territorio maliense. Las perspectivas demográficas y ecológicas para el Sahel no son favorables, y varios trabajos sostienen que un empeoramiento de la seguridad es muy posible además la implicación de estas misiones no para de crecer aumentando con cada mandato el prepuesto y medios de estas, así como su colaboración. Hasta ahora lo que se ha escrito sobre estas misiones las trata de una manera aislada e individualizada, no obstante, tratándose de iniciativas que colaboran y que se encuentran en el mismo contexto y afrontando los mismos retos, creo conveniente que un trabajo las analice en conjunto recopilando la información disponible sobre estas y comparando sus estrategias, medios y su situación actual. Estas misiones internacionales jugarán un papel clave en la región en el futuro y conocerlas detalladamente puede ser útil para que diversos actores puedan tomar las decisiones concretas.

Con este estudio pretendo responder a las siguientes preguntas: primero, ¿Qué circunstancias en Mali llevan a este despliegue? ¿Qué actores están involucrados en esta coyuntura?; Segundo ¿Qué características tiene cada misión? Bajo este desarrollo las siguientes subpreguntas ¿Cómo se formaron?, ¿Qué objetivos tienen?, ¿Qué fuerzas tienen y como se han desplegado?, ¿Qué han conseguido hasta ahora y que retos tienen?; por último, me pregunto cómo se relacionan estas misiones entre ellas tratando de ver como sus objetivos y enfoques se complementan y como se compran sus elementos.

Creo que una comparación de estas tres misiones en pertinente puesto que comparten un carácter principalmente militar, trabajan en el mismo contexto y tienen objetivos similares. Es por ello que este estudio busca ver como los diferentes actores actúan de manera distinta en Mali en base a sus recursos, sus intenciones, que amenazas perciben y su legitimidad además de ver en qué estado, están y que han conseguido. Todo esto se trabajará a lo largo de tres partes. En la primera presentare el contexto de Mali a partir de la crisis de 2012, en la segunda parte analizare cada misión por separado partiendo de un mismo esquema, recopilando toda la información posible. Por último, en la tercera parte realizaré

una comparación entre las misiones siguiendo un esquema similar al aplicado en el análisis.

2. CONTEXTO Y PAUTA DE ANÁLISIS

La república de Mali nace como estado independiente en 1960 tras la emancipación y reorganización del Camerún francés, su capital es Bamako, en el sur del país. Actualmente tiene una superficie de 1.241.238 kilómetros cuadrados principalmente de terreno llano. Su geografía tiene tres zonas climáticas muy marcadas, una al sur con un clima más tropical, una banda con un clima más árido y todo el norte, enclavado en el desierto del Sahara y con un clima desértico. Esto maca la distribución de la población, con un sur en el que predominan las etnias Malinke, Bambara, Tukolor y Shongai que contrasta con un norte en el que los tuareg y árabes tienen una presencia predominante. Se trata de un país en vías de desarrollo con una economía pobre, altas tasas de mortalidad infantil, analfabetismo y alta pobreza. (HDR.UNDP.ORG, 2020) A nivel político tras más de 20 años de dictadura desde 1991 hay un sistema democrático, no obstante, la influencia del ejercito sigue siendo importante. Con respecto a la gobernabilidad, hay una marcada desigualdad entre l regiones del sur que acaparan la administración del estado y el norte, que se ve marginado en los planes de desarrollo y en la participación política. (CHAUZAL, VAN DAMME, 2015) Esta zona norte además del gobierno de Bamako, hay una serie de actores relevantes, principalmente los Tuareg. Los que se encuentran en el norte de Mali se dividen en diversos clanes con mayor o menor cercanía al gobierno de Bamako. En esta área también tenemos amplias bolsas de población árabe favorable a los Tuareg y más al sur tenemos grupos Fulani y Bambara, muy cercanos al gobierno maliense. (YAGÜE, 2019), (BOEKE, 2016)

La situación de Mali no se entiende si no es en el conjunto de países que forman la región de Sahel entre los que se encuentran Mauritania, Mali, Níger, Burkina Faso, Chad y Sudan. Estos países tienen una serie de problemas comunes de seguridad debido a la porosidad de sus fronteras. La pobreza de estos estados les impide llevar a cabo iniciativas de seguridad a gran escala lo que lleva a un aumento de la violencia inter e intra comunitaria, (EIZENGA, 2019) y del tráfico de materiales ilícitos a través del desierto del Shara. Este negocio supone una fuente de financiación para grupos terroristas y opositores armados además de grupos criminales. (GORMAN, 2019) A largo plazo la creciente desertificación del territorio augura problemas para el sector agrícola vital en la región, así como una pirámide demográfica en la que predomina la población joven. Esto, junto a

una creciente urbanización descontrolada crea condiciones para el descontento, las crisis de salud y alimentarias, así como la violencia. (LE ROUX, 2019)

Estos factores agravan el problema de integración que tiene la población Tuareg dentro del estado maliense. Desde Bamako se ha percibido siempre a este grupo como una población problemática y en consecuencia se les ha marginalizado a nivel económico, político y social ya desde la década de 1960. (CHAUZAL, VAN DAMME, 2015) Estos factores unidos a la débil economía del norte llevaron a una primera revuelta armada entre 1991 y 1996 que acabaría con un acuerdo de reconciliación que prometía mayor autonomía a las regiones del norte. Sin embargo, esto se mostraría insuficiente pues en 2007 se produciría una nueva revuelta armada que se extenderá hasta 2009. Este constante dialogo a través de la violencia deterioró aún más la región dejando vacíos de poder que facilitaron la entrada de traficantes y grupos yihadistas en el área. (MARTÍN-PEÑATO, 2013, p.7) El norte de Mali suponía también un punto en el que Argelia y Libia competían por su hegemonía en el área considerándola el patio trasero de ambos. Tras el fin de la guerra civil de Libia en 2011, la situación empeoró aún más en la región provocando la vuelta de numerosos jornaleros del sahel que retornaron a Niger y Mali y aumentando el flujo de armas que entraba en la región. El régimen de Gadafi como ya hizo en la década de 1980 reclutó armó y entrenó grupos tuareg en las llamadas "brigadas Islámicas" para que lucharan en la guerra civil, pero tras la caída del régimen muchos volverían a Mali. En 2011 surge una nueva organización, el Movimiento Nacional para la Liberación de zawad (MNLA), que busca agrupar a todos los Tuareg para iniciar una nueva revuelta. (LECOCQ, KLUTE, 2013) (ECHARANDIO, 2016)

Paralelo al aumento de la conectividad con los Tuareg, en 2007 surge Al-Kaeda en el Magreb islámico en Argelia y tras ser desplazado de su país de origen se posiciona como un nuevo actor en la zona. De este surgirían una serie de grupos locales: Movimiento para la unidad y la yihad en África Occidental (MUJAO) y Ansar Dine en 2011 y el Movimiento para la unidad y la yihad en África Occidental (MUJAO) y el Frente de liberación de Macina en 2013. Esta clase de grupos se dedicaban el secuestro de occidentales y a atacar puestos militares, e infraestructuras, obteniendo beneficios del tráfico y de la extorsión. La pobreza de la zona supone para ellos una buena base de reclutamiento y se encontraban bien relacionados con las oligarquías locales. (BOEKE, 2016)

El descontento tuareg, unido a la pobreza de la zona, así como a la presencia de armas y de grupos yihadistas llevó a que el MNLA el 16 de enero de

2012 tomaran las ciudades de Ménaka, Aguelhok y Tessaslit en el norte, poniendo en retirada al ejército maliense esto daría inicio a la crisis o guerra civil de Mali. (ENCICLOPEDIA BRITANICA, 2020) A continuación, a diferencia de los alzamientos tuareg anteriores, proclamarían el Estado independiente de Azawad articulando por primera vez una idea nacionalista. El gobierno central en Bamako entra en crisis y el 12 de marzo se produce un golpe de estado en el que los militares toman el control del país. Se establece un comité militar que no es reconocido ni por la Unión Africana ni por la Comunidad económica de estados de África del Oeste (ECOWAS) llevando a sanciones económicas. Ante esta presión, el 8 de abril Diondounda Traoré se convierte en presidente provisional, pero la falta de apoyo y una brutal paliza que recibió llevaron a la formación en agosto de un nuevo gabinete más diverso. (SÁNCHEZ, 2018, p.149) Durante el verano de 2012 se producen en el norte combates entre los separatistas tuareg y los grupos afiliados a Al-Kaeda, especialmente Ansar Diné, contarios a la creación de un estado independiente. Estos grupos yihadistas toman todo el norte además de Tumbuctú y Gao desplazando al MNLA fuera de todos los centros urbanos y plantean implantar la Sharía en todo el país.

En diciembre se producen charlas multilaterales entre el gobierno, el MNLA y Ansar Diné, no obstante, estas no dejan un resultado claro. (KOEPF, 2013). Ese mismo mes se decide lanzar desde la ONU la África Lead Intreantional Suport Mission to Mali (AFISMA) que planeaba desplegarse a mediados de 2013. A principios de enero de 2013 los grupos islamistas deciden pasar a la ofensiva tomando Kona en el centro del país y dirigiéndose a Bamako. Ante esta situación las autoridades malienses solicitan la ayuda de Francia, que despliega a sus tropas en la operación Serval. En menos de tres semanas las tropas malienses y francesas recuperan todo el territorio forzando la retirada de estos grupos a las cadenas montañosas. En Junio AFISMA es sustituida por MINUSMA, una operación multinacional de la ONU para mantener la seguridad en el país. (SÁNCHEZ, 2018). En junio de 2013 se firma un alto el fuego entre el gobierno maliense y los grupos Tuareg que controlaban Kidal tras la huida de los grupos armados islamistas. (BBC NEWS, 2013) En julio de 2013 se producen de nuevo elecciones con un récord de participación y tras dos vueltas Ibrahim Boucabar Keita es elegido presidente. (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, 2020). El 22 de mayo de 2014 tras un largo periodo de paz el MNLA toma Kidal y puntos en la frontera argelina, el gobierno maliense firma un nuevo acuerdo de alto al fuego.

En julio de 2014 Darian comienzo las negociaciones de Argelia, ese mismo mes, el día 15 da inicio oficialmente la operación Barkhane por parte de Francia. (DW.COM, 2015) En las conversaciones de Argelia participan por una parte el gobierno de Mali y por otra parte los grupos Tuareg divididos entre la Coordinación de movimientos de Azawad (HCUA), más partidaria de la reconciliación y la "plataforma", formada por grupos con posiciones más duras. (NYIRABIKALI, 2015) El 15 de mayo de 2015 se firmaría el Acuerdo para la paz y la reconciliación emanando de los procesos de Argel. En este documento se empieza por plantear una serie de cuestiones que se han de tratar, a saber: la marginalización del norte, la corrupción, la impunidad, los conflictos inter e intra comunitarios y los mecanismos de decisión. El documento pues propone medidas para involucrar más a la población norte en las intuiciones políticas, de Mali, con un mayor papel de las instituciones locales y con la creación de una segunda cámara aún por definir. Con respecto a los combatientes se planea un proceso paulatino de acantonamiento, desarme y reintegración monitorizado por su propio comité. Además, se planea una estrategia de desarrollo específico para el norte. Se crea también un consejo de reconciliación y justicia y se establece un comité que monitorizara el cumplimiento del acuerdo. (UN.ORG, 2015) Estudios posteriores sin embargo revelan carencias en la implementación del acuerdo debido a la falta de una agenda clara y desacuerdos entre la gran multitud de grupos firmantes. Algunos sectores de Bamako llegan a considerar que el acuerdo en si pone en peligro la integridad del estado maliense. No obstante, la aceptación del acuerdo por parte de la población maliense parece ser alta. (KEITA, 2018)

En 2017 el Parlamento Maliense aprueba la "ley de entendimiento nacional" para aplicar lo acordado en Argel. Similar a las leyes posteriores a la guerra civil de Argelia en 1991. Esta promete amnistía a los crímenes que no sean asesinato, violación o crímenes contra la humanidad, además promete compensaciones y justicia a las víctimas. No obstante, ciertos grupos e individuos pueden escapar de estas medidas asociándose con el HCUA protegido por haber participado activamente en las negociaciones de Argel. (LEBOVICH, 2018) Por último es importante tener en cuenta que en todas estas conversaciones no participaron los grupos yihadistas, que han continuado con la lucha, pasando su actividad de concentrarse en el norte a tener cada vez más presencia en el sur y en el área de Liptako-Gouma. En 2015 surge la filial de estado islámico en África, el Estado Islámico en el Gran Sahara, y en 2017 todos los sub grupos procedentes de Al-Kaeda se unirían en una nueva organización, Jamat at Nusrat Al-Islam Wa-

l-Mulsimin (Frente de Apoyo al Islam y los Musulmanes). Para 2020 el conflicto sigue activo.

2.1 PAUTA DE ANALISIS:

1. En la sección de comparación misión por misión me ocuparé de:
    a. Datos básicos sobre la misión: Año de despliegue, quien la lanza, con que propósito.
    b. Formación del proyecto: A que problemas busca responder en concreto, desarrollo institucional de cómo nace la misión. Que circunstancias llevan al despliegue. Que se tuvo en cuenta a la hora de tomarla decisión.
    c. Resumen de los mandatos: Que objetivos formales tiene, que elementos tiene en cuenta y que enfoque tiene.
    d. Personal: número de personal, medios, presupuesto y su distribución en el espacio.
    e. Tareas llevadas a cabo: en que orden se han desarrollado y como
    f. Resultados: Objetivos cumplidos, bajas. Valoraciones internas y externas.
    g. Retos principales: El aumento de los ataques terroristas y sofisticación, problemas logísticos, falta de voluntad política, reactivación de movimientos del norte.
    h. Relación con otras misiones, relación con el gobierno maliense: Colaboración, tensiones, posibles fallos de comunicación, retos superados.

2. En la sección de comparación me ocuparé de:
    a. Enfoque del proyecto: Desde que punto de vista se lanza cada misión y como unos han podido influir sobre otros.
    b. Objetivos: A que retos quieren responder cada uno y como en el mandato han abordado situaciones similares de formas distintas.
    c. Fuerzas y como estas se relacionan con lo anterior: Como están desplegadas y cómo actúan unas comparadas con las otras.
    d. Que han logrado en relación con los objetivos que se han propuesto:
    Que objetivos han completado en relación unos con otros.
    e. Como se han relacionado entre sí: Como han interactuado y como han superado o no conjuntamente los retos.

3. ESTUDIOS DE CASO

3.1 EUTM MALI:

i. Datos básicos sobre la misión

La misión de entrenamiento de la Unión Europea en Mali, EUTM por sus siglas en inglés, es una iniciativa por la que estados miembros de la UE aportan tropas para mejorar la estabilidad en Mali a través de la formación de sus fuerzas armadas. Esta se lanza oficialmente el 18 de febrero de 2013 y sus mandatos se han ido ampliando hasta 2020. En esta misión participan 23 naciones europeas más 5 extranjeras y se complementa junto a EUCAP Mali y EUCAP Níger dentro de una estrategia conjunta de la Unión europea en el Sahel. Esta intención de reforzar el ejército y la capacidad para hacer valer la autoridad del estado maliense se enmarca en una iniciativa más grande que pretende impulsar una reforma el sector de la seguridad en Mali. (DÍEZ ALCALDE, J. 2014)

ii. Formación del proyecto:

En 2011 la Unión Europea publica una Estrategia para la Seguridad y el Desarrollo en el Sahel, centrándose en Mauritania, Mali y Niger. Esta estrategia realiza un diagnóstico de los problemas de la región y considera que es necesario aproximar los retos de esta de manera holística: promoviendo el desarrollo, ayudando a coordinar los esfuerzos de los países mediante la diplomacia, actuando preventivamente contra el desarrollo del extremismo violento y por último fortaleciendo la seguridad y el imperio de a ley. (EEAS.EUROPA.EU. 2011) Tras el inicio de la crisis de Mali, en septiembre de 2012 el presidente de la republica pide ayuda expresa a la UE. En diciembre, como parte de la resolución 2071 de la ONU, se solicitó expresamente a la UE que proporcionara apoyo y entrenamiento a las fuerzas amaradas malienses (FAM). (DICKE, R., 2014) Esta petición se recibió de buen grado en la resolución del Parlamento Europeo del 22 de noviembre de 2012. Después de que el presidente Dioncounda Taore declara estado de emergencia y pidiera ayuda a Francia y a la UE, el 13 de Enero de 2013 se decidió lanzar el proyecto de EUTM Mali designando la estructura y los objetivos de la misión en la decisión del Consejo europeo 2013/34/CFSP, a mediados de febrero el personal europeo comenzó a llegar a Bamako (EUTMMALI.EU 2020).

iii. Mandatos

Los mandatos de la misión indican los objetivos, medios y estructura que tendrán la misión y en el caso de EUTM Mali han habido un total de 4. Estos mandatos han ido cambiando conforme la misión ha evolucionado. El primer mandato de la EUTM se deriva de la decisión del consejo europeo 2013/34/CFSP del 17 de enero de 2013. Decisión 2013/34/CFSP, (CONSEJO EUROPEO, 2013). Esta primera fase de la operación estuvo muy influida por el liderazgo que asumió Francia después de lanzar la operación Serval, en la que invirtió grandes recursos y logro rápidamente resultados. Es por ello que el general Francés François Lecointre sería el comandante de la misión, además Francia aportaría 210 de los 500 miembros de la misión. (DICKE, R., 2014) El primer mandato estipulaba que la misión duraría hasta abril de 2014. Los objetivos de la misión se mantuvieron más o menos inalterados en los siguientes mandatos. El objetivo es dotar a las FAM de las capacidades necesarias para realizar operaciones militares destinadas a "restablecer la integridad territorial de Mali y reducir la menaza planteada por los grupos terroristas". Decisión 2013/34/CFSP, (CONSEJO EUROPEO, 2013, p.20) Estas capacidades se construirán a través de cursos y asesoramiento, pero el mandato explicita que no se realizarían operaciones de combate. El área de operaciones incluyó el área sur de Mali, principalmente la Capital, Bamako y Kulikoro. El presupuesto fue de 27 millones de euros y se financiaría a través del mecanismo ATHENA.

El segundo mandato no introdujo ningún cambio y extendió la misión hasta el 18 de mayo de 2016. Decisión 2014/2020/CFSP, (CONSEJO EUROPEO, 2014) El tercer mandato introduce cambios significativos, se mantienen los mismos objetivos, pero aumenta el área de operaciones y la colaboración con otras misiones. Ahora el área de operaciones aumenta hasta el sur del rio Niger, Gao y Tibuktu para poder impartir un nuevo entrenamiento descentralizado ofreciendo formación ahora en las regiones militares y en los cuarteles de las unidades principales. Además, se proporcionaría formación extensiva las tropas del G5 Sahel, para mejorar su integración con las FAM y se colabora con MINUSMA en las tareas de desmovilización, desarme y reintegración de las fuerzas irregulares. Por todo esto el presupuesto sube a 35 millones de euros, se amplía también el mandato hasta 2018. Decisión 2016/446/CFSP, (CONSEJO EUROPEO, 2016)

En el cuarto mandato se mantiene todo lo anterior, pero se añade como objetivo principal la formación de las fuerzas del G5 Sahel ganando esta tarea tanta

prioridad como la formación a las FAM. El presupuesto también aumenta hasta 19 millones y se planea que en 2020 se renueve el mandato. Decisión 2018/716/CFSP, (CONSEJO EUROPEO, 2018) A fecha de 20 de abril de 2020, los objetivos de la misión según su dossier de prensa son además de mejorar las capacidades de las FAM, consolidar lo ya aprendido, contribuir al cumplimiento del acuerdo de Argel, ayudar al control estatal del territorio y dar soporte al G5 Sahel. (EUTMMALI.EU FACTSHEET, 2020)

iv. Personal

En 2019 la fuerza de EUTM es de 750 militares, se divide en 4 unidades diferentes la Advisory Task forcé (ATF), la Education and Training Task Force (ETTF), la Fuerza de protección (FP), y el personal médico. El mando de la misión está en Bamako, y depende del comandante de la misión (MFcDR) que a su vez depende de la estructura de comando y control en Bruselas. Las dos unidades más relevantes son la ATF y la ETTF.

La primera se encarga de formar a los oficiales y los cuadros de gestión del ejercito maliense, intentan mejorar las capacidades de recursos humanos, planificación, inteligencia y gestión de adquisiciones. Dado que se dirige directamente al alto mando están basados en Bamako, pero también actúan en los cuarteles de las regiones militares. Forman también al personal civil del ministerio de defensa maliense y a parte de los oficiales del G5 Sahel.

La ETTF está ubicada en el principal campo de entrenamiento de las FAM en Kulikoro. Estos se encaran de formar a las tropas malienses formando a batallones, grupos de fuerzas especiales y especialistas, también operan en las regiones militares al ser del rio Níger además de impartir cursos en las academias militares de Kati y Banakoro. También hay unidades con un rol de soporte, las fuerzas de protección se encargan de proporcionar seguridad a toda la fuerza mediante patrullas y protección de bases y la unidad médica, por legislación europea, mantiene hospitales en Bamako, Kulikoro y Sevaré destinados a tratar posibles bajas de emergencia. (EUTMMALI.EU/ORGANIZATION, 2020) (ORZÁEZ, 2015)

v. Tareas llevadas a cabo

Durante los tres primeros años, la prioridad de las FAM era poder tener la mayor presencia militar posible en el norte. Es por ello que acorde con esta necesidad se decidió que se formarían unidades conocidas como grupos inter

tácticos de inter-armas (GITA). Estos grupos tienen el tamaño de un batallón (600-700 efectivos) y tiene suficiente flexibilidad para poder cumplía las diversas necesidades de las operaciones en el norte. (ORZÁEZ, 2015) A estas unidades se le daría un entrenamiento básico previo a su despliegue. Pero después de su pobre desempeño en combate y de quejas por parte de los propios instructores de que la formación no era suficiente, se decidió reentrenar a los GTIA en 2015. No obstante, esto supuso un problema pues por el "caótico sistema de recursos humanos maliense" (TULL, 2020, p.9) los GTIA que volvieron solo conservaban un 60% de sus integrantes originales.

En el tercer mandato se decidió dar un cambio de enfoque, además de los GTIA se entrenaría a los futuros instructores de las FAM de cara a la sostenibilidad de las capacidades. Además, se crearon equipos de consejeros que se dirigirían a los cuarteles de las regiones militares para poder proporcionar formación más cerca de la zona de conflicto. Además, ahora se formaría a los futuros oficiales en las academias militares. En el cuarto mandato se incluirían cursos dedicados a los derechos humanos. La ATF trabajo conjuntamente con el ministerio de defensa maliense para implementar el plan de acción 2014-2019 y ayudo a redactar el plan de acción 2020-2024. Este tenía el objetivo de mejorar el control del presupuesto y para definir claramente las competencias de cada subdirectorado del ministerio. Además, ayudaron a la hora de reabrir el aeropuerto de Sevaré e implementaron un software de gestión del personal y coordinar las operaciones militares.

vi. Resultados

Según fuentes de la propia UE ha habido una mejora en la disciplina y en el nivel formativo de las FAM, así como su cadena logística. (MAYA, 2018) En total se habrán formado más 14000 soldados. (EUTMMALI.EU. 2020) A nivel sanitario se han distribuido 6000 kits de primeros auxilios y un centro médico, así como ambulancias y GPS por cada región militar. No obstante, hay más proyectos en marcha que implementados siendo el más importante la nueva ley de gasto militar. (MAYA, V, 2018). Para el 30 de mayo de 2020 la ATF ya pudo implementar el nuevo sistema de comando y control en el que se integra también la fuerza del G5 y que se pretende exportar a otros países. (PRESS, 2020) Por ahora no se ha producido ninguna baja entre el personal de EUTM, no obsnate ha habido atentados de gran envergadura contra sus instalaciones como el que ocurrió en Kulikoro en 2019. (TEBAS, 2019)

vii. Retos principales

Esta misión se ha encontrado con retos importantes a la hora de llevar a cabo su cometido Dennis Estrull desde el ISEM realizaron un importante estudio sobre esta cuestión. Uno de los primeros problemas que nos encontramos es que el gobernador maliense se ve obligado a luchar una guerra irregular contra grupos armados y a llevar adelante un proceso de desarme y reintegración de combatientes irregulares a la vez que se ve obligado a reconstruir su ejército. Es por ello que muchas veces no haya suficientes recursos para la formación de un personal por lo general cansado y con constantes cambios en su cúpula de mando. Otro problema es que el ejército maliense no tiene una política coordinada de adquisición de armamento y depende excesivamente de las donaciones que no están coordinadas y no suplen las necesidades reales de las FAM. (TULL, 2020)

El proceso de entrenamiento en condiciones normales suele ser seguido por uno de "mentoring" en el que el instructor acompaña a las tropas a su misión y corrige sus errores. Puesto que el personal de EUTM como hemos comentado no puede estar en misiones de combate, no tiene "feedback" sobre cómo operan sus unidades tras los cursos. Por otra parte, dentro de las propias FAM hay reticencia a los cambios institucionales que la ATF quiere introducir llegándose a retrasa proyectos como la nueva gestión de recursos humanos o el nuevo sistema de pagos. Esto hizo que en 2019 la UE condicionara 14 millones de las ayudas a Mali a que estos proyectos siguieran adelante. Por otra parte, la FAM tiene reticencias a compartir datos e información sobre el estado de sus fuerzas. (TULL, 2020)

viii. Relación con otras misiones:

El personal de EUTM colabora con otras misiones desplegadas en Mali. Dada la importancia que tuvo Francia en las primeras fases de la operación, la colaboración con Barkhane es estrecha. El problema antes comentado de la falta de información sobre qué resultados tiene su formación se solventa en parte gracias a los informes que comparten las tropas desplegadas en Barkhane que sí que acompañan a las tropas malienses en operaciones. (TULL, 2020), (PÉREZ, 2014) Por otra parte, al igual que Barkhane, como veremos, se le muestra un gran apoyo al G5 Sahel dentro de la idea de que cuanto antes, los propios estados del Sahel se puedan hacer cargo de la situación.

3.2 OPERACÓN BARKHANE.

i. Datos básicos sobre la misión

La operación Bakhane se lanza el 1 de agosto de 2014, por parte del gobierno francés, con el beneplácito del gobierno maliense, la ONU y la Unión Europea. Esta misión pretende reorganizar todos los esfuerzos militares franceses en al Africa occidental e implica a Mauritania, Mali, Burkina- Faso, Niger y Chad. El objetivo es, mediante una asociación con los países de la región y concretamente con el G5 Sahel, luchar contra los grupos armados terroristas y conseguir que estos países adquieran las capacidades necesarias para garantizar su propia seguridad Defense.gouv.fr (2020, p.3-6).

ii. Formación del proyecto

La operación Serval, lanzada por el gobierno francés el 11 de enero de 2013 por petición expresa del gobierno de Mali consiguió mermar seriamente las capacidades tanto de los grupos yihadistas como de los separatistas tuareg y que se retiraran de los principales centros urbanos del norte de Mali. Esta fue considerada como "Un éxito innegable, que es urgente explotar en el plano político para no perder la ventaja adquirida en 2013" (FROMION, ROUILLARD, 2013, p.159) y permitió dejar paso al proceso de paz de Argel y a la reconstrucción del norte. (D'EVRY 2015, p.33) Pero, las amenazas y problemas que causaron la crisis de Mali, seguían presentes, es por ello que se decide reorganizar a todas las fuerzas francesas en África. Desde 1986 Francia tenía desplegada en Chad la operación Epervier que defendía los interese franceses en el país primero frente al expansionismo libio primero y luego contra Sudan. Barkhane englobaría tanto a las fuerzas de Chad como las desplegadas en Mali, a las que se sumarian m as adelante destacamentos en Níger, Burkina Faso y Mauritania (D'EVRY, 2015, p.24).

iii. Mandatos

El mandato de esta operación no está disponible para el público, no obstante, hare uso de fuentes del propio Ministère des Armées francés, entrevistas y de artículos académicos para dar una idea de los objetivos y del enfoque de este mandato. Dos serían los objetivos principales: El primero: “apoyar a las fuerzas armadas de los países socios de BSS (banda sahelo sahariana) en sus acciones para combatir grupos terroristas armados.” Y segundo: “Ayudar a prevenir la reconstitución de santuarios terroristas en la región” (DEFENSE.GOUV.FR, 2014). Mas adelante, en Julio de 2019 se añade el objetivo: “fortalecer la

coordinación de los medios militares internacionales" (DEFENSE.GOUV.FR 2020, p.3). De forma más simple como comentaba Jean-Yves Le Drian en 2013: 'El objetivo es evitar que lo que yo llamo la carretera de todo el tráfico se convierta en un punto de cruce permanente, para restablecer grupos yihadistas entre Libia y el Océano Atlántico" (LE POINT, 2013). No obstante, según Emmanuel R. Goffi del centro Franco Paix los objetivos de estos primeros mandatos son "vagos y muy dispersos" para la escala de la operación. (GOFFI, 2017, p. 23) La forma de conseguir estos objetivos será la asistencia militar directa a los países donde esta despegada la misión procurando que estos puedan recuperar su autoridad en las regiones. Esto incluye el adiestramiento de las fuerzas amaradas locales, operaciones militares conjuntas y misiones de carácter humanitario. (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.7)

iv. Personal

Actualmente se trata del despliegue más grande de Francia en el exterior. En el inicio de la misión en 2014 su fuerza era de "3.000 soldados, alrededor de 20 helicópteros, 200 vehículos de logística, 200 vehículos blindados, 6 aviones de combate, 3 drones y una docena de aviones de transporte". (DEFENSE.GOUV.FR, 2014) Para 2019 este número ascendería a 4.700 solados (DEFENSE.GOUV.FR 2020, p.15) en total sobre todo tras el envío de 600 adicionales en 2020 tras el aumento de bajas que veremos, se produjo en 2019. (SARDIÑA, 2020) Hay también otros países participando en la operación, 50 estonios, 70 del Danish air task al cargo de helicópteros y varios aviones de transporte españoles que operan desde Gabón y Senegal. (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.17) La base central de estas fuerzas es Yamena en Chad y su segundo punto de apoyo es Gao, ya en Mali. En este último, tienen además una serie de bases temporales en Kidal, Tessalit, Menaka, Gossi y Tombouctou es por ello que Mali es el país con más presencia militar dentro de la operación. También hay una base de operaciones especiales en Brirkina-Faso y Otra en Níger. Actualmente el foco de la operación está en el área de Liptako-Gouma en la frontera entre Mali, Burkina-Faso y Niger (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.15).

v. Tareas llevadas a cabo

Los esfuerzos más importantes de la misión han sido las operaciones antiterroristas, según su doctrina más que eliminar a los grupos en sí, el objetivo es denegarles la libertad de movimiento y su acceso a armas y suministros para debilitarlos a largo plazo y eliminarlos o desarticularlos más adelante. Alenius (BOSERUP, MARTINEZ, 2018, p.41). Suelen realizar también operaciones

junto a los ejércitos locales, principalmente el maliense, principalmente de reconocimiento y pequeñas acciones ofensivas puntuales. También realizan una fuerte labor de formación de tropas locales tanto en los países bajo el mandato de Barkhane como en Gabon y Senegal. Esta formación incluye liderazgo, lucha contra IED, patrulla y Derechos humanos. Gran parte de los programas están enfocados a la fuerza conjunta del G5 Sahel, así como las entregas equipo, principalmente vehículos y comunicaciones. Todos los ejércicios de formación tienen como objetivo reformar la interoperabilidad entre las distintas fuerzas de los países del Sahel. (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.9-10-11)

Esta operación tiene también un carácter principalmente humanitario para mejorar la captación de esta fuerza por parte de la población civil. Estos proyectos se centran en mejorar el acceso al agua, la energía y a la educación. Esta labor es especialmente importante en Mali donde hay un enviado especial del ministerio de asuntos exteriores en Menaka que se encarga de dos proyectos: la rehabilitación de la central eléctrica y la reconstrucción de la fuerza policial. Por último, el componente médico de la operación se encarga de realizar consultas. (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.12)

El 13 de enero de 2020 tras una reunión con los jefes de estado del G5 Sahel, el gobierno francés anuncio que se crearía una nueva estrategia conjunta de seguridad. Esta seguiría las mismas líneas que los objetivos de la misión Barkhane, pero enfatizando su papel en la región Liptako-Gouma y plantando al Estado Islámico en el Gran Sahara como principal objetivo. Tres meses después se anunciaba la creación de Task Force Takuba, una fuerza conjunta específica para Mali, formada por Belgica, Dinamarca, Estonia, Francia, Países Bajos, Portugal y Suecia y que operaria principalmente en Liptako-gouma. (REGERINGEN.SE, 2020)

vi. Resultados

A nivel operacional han realizado un total de 105 misiones de combate. Según la ministra de defensa Florence Parly más de 600 yihadistas han sido" neutralizados desde 2015" (20MINUTES.FR, 2019) Solo en Mali se han realizado 399 sesiones de entrenamiento más que en el resto de los 5 países juntos. No obstante, más que las fuerzas de Mali, el foco del entrenamiento francés son las fuerzas combinadas del G5 Sahel. Han llegado a entrenar a los 13.000 soldados de esta fuerza desde 2014 (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.11). En total según el dossier de prensa del ministerio de defensa francés la operación Barkhane en su conjunto, no solo en Mali: "realizó en promedio más de 100 consultas y más de

400 tratamientos por día" (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.12). También "Dirigió o supervisó más de 75 proyectos civiles y militares en beneficio de la población, incluidos 35 en la región de Liptako-Gourma" (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.12). No obstante, desde el inicio de la operación, la fuerza Barkhane ha sostenido una serie de bajas, en total 28 muertes, 25 en Mali y 3 en Burkina Faso, siendo con diferencia el 2019 el año más letal con 15 muertes. (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.22-23)

vii. Retos principales

Uno de sus retos es la posible pérdida de apoyos tanto por parte de la población local y la propia clase política maliense. Hay opinión política maliense en contra de la operación no obstante es aún minoritaria. Umar Mariko, presidente del partido Solidaridad Africana para la Democracia e Independencia se posicionó en contra del presidente Macron, sugiriendo que la intervención francesa en la región tiene objetivos únicamente económicos. No obstante, en respuesta a estas declaraciones el presidente Keita reafirmo su apoyo a la misión. (HAIDARA, 2020) Un punto de conflicto entre el gobierno maliense y el gobernador francés es la cuestión de Kidal. Desde la operación serval el ejército maliense no ha podido entre en la ciudad que sí que está ocupada por las fuerzas francesas. El haber negociado con las autoridades de esta ciudad del norte ha llevado a acusaciones a Francia de ponerse de parte de los separatistas Tuareg (FRANCE 24, 2020). Por su parte ha habido varias manifestaciones en contra de la presencia de tropas extranjeras en territorio maliense. (FRANCE 24, 2020)

Otro de los retos más importantes se deriva de las grandes distancias que tiene que cubrir la operación, esta sobre extensión hace que el reabastecimiento sea difícil, las evacuaciones sanitarias sean poco eficaces y que dependan de aliados estadounidenses, europeos o de empresas privadas con el sobrecoste que conlleva. Por su parte según entrevistas a la oficialidad la falta de personal hace que la efectividad de la fuerza se reduzca notablemente. (GOFFI, 2017, p.33-34)

Por último, el aumento de los ataques terroristas en la zona es un reto para todas las misiones en general, pero particularmente Barkhane es la más expuesta a este tipo de amenazas, dado que esta despegada en las primeras líneas de la lucha contra estos grupos. Desde el inicio de la operación la violencia y consecuentemente la atención de la fuerza francesa se han desplazado a el área Liptako-Gouma y todo el centro de Mali, pasando la prioridad de ser AIQM al estado islámico. (LE ROUX, 2019) Desde 2014 los ataques terroristas en Mali en

concreto han empeorado, en 219 subió 9 puestos dentro del global terrorism Index Institute for Economics & Peace. (GLOBAL TERRORISM INDEX, 2019).

viii. Relación con otras misiones

La operación Barkhane se considera desde su inicio como una misión de apoyo a fuerzas locales, es por ello que ha sido uno de los mayores patrocinadores de la fuerza del G5 Sahel que opera en Mali pues encaja perfectamente con los objetivos franceses de mejorar la colaboración entre los distintos países del Sahel para hacer frente a las amenazas transfronterizas. Es por ello que como hemos visto, del mismo modo que EUTM Mali, proporciona formación y equipo a esta fuerza conjunta. Además, proporciona como hemos visto Feedback a EUTM sobre el regimiento de los solados malienses entrenados por estos y unos 12 solados de la misión son franceses. La colaboración más estrecha se realiza con MINUSMA, hay 20 miembros franceses de esta misión internacional y la fuerza Barkhane está autorizada a intervenir cuando las tropas de MINUSMA se encuentren "bajo inminente y seria amenaza en Mali". (PRESS, 2020, p.5)

3.3 MINUSMA

i. Introducción

El 25 de abril de 2013 el consejo de seguridad de la ONU aprueba el lanzamiento de la Misión de Estabilización de las Naciones Unidad en Mali (MINUSMA) en sustitución de la anterior misión, AFISMA. Esta misión buscará estabilizar el país y crear las condiciones para crear y aplicar un acuerdo que lleve a una nueva situación de seguridad. Esta es la misión más grande desplegada en Mali y en ella participan 60 países miembros de las Naciones Unidas.

ii. Formación del proyecto

La ONU comienza a involucrarse en la crisis de Mali tras el golpe de estado del 22 de marzo de 2012, tras el que se constituyó un gabinete de transición. Saind Djinnit secretario general para en el este de África ofrecería su apoyo al estado maliense a vistas de que se retornara a la democracia lo antes posible. Ante el progresivo deterioro de la situación a lo largo del verano y el otoño de ese año, se aprobaron las resoluciones 2071 y 2085 en octubre y diciembre respectivamente. (HISTORY, 2020) La primera sirvió para poner de relevancia la situación y proponer una hoja de ruta en la que se prevenga una intervención en el país, en la segunda se autoriza la creación de esta misión, la African lead

International Support Misión to Mali, (AFISIMA) integrada por los países africanos pertenecientes a ECOWAS y la creación de la United Nations Mali Office (UNOM). Originalmente se tendría que desplegar la misión en septiembre de 2013, pero debido a la ofensiva de los grupos yihadistas en enero, se tuvieron que desplegar deprisa y sin planificación exhaustiva. No obstante, las operaciones para recuperar el norte en las que AFISMA participó junto con la fuerza Serval y las FAM1 fueron rápidas y la misión consiguió su objetivo de ayudar al gobierno maliense a reinstaurar su soberanía en el norte. En febrero Francia, ECOWAS y la Unión Africana propondrían lleva adelante una misión de paz más fuerte. (BOUTELLIS, 2015) Esto lleva a la resolución 2100 del consejo de seguridad de la ONU en abril de 2013. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2013) Esta autoriza le despliegue de MINUSMA en sustitución de AFISMA. (HISTORY, 2020) Además se realiza un comunicado por el que se pide al gobierno maliense que inicie conversaciones de paz y convoque cuanto antes nuevas elecciones. El 24 de Julio de 2014 se llega a un acuerdo y surge una hoja de ruta en la que la ONU se compromete a colaborar en el acantonamiento, desarme y reinserción de los combatientes, así como a mantenerse como observador que garantice el cumplimiento del acuerdo de Argel. (ACCORD PRELIMINAIRE A L'ELECTION PRESIDENTIELLE ET AUX POURPARLERS INCLUSIFS DE PAIX AU MALI, 2014)

iii. Mandato

El mandato de MINUSMA se encuentra en la resolución 2100 de la ONU del 25 de abril de 2013 y se renovará sucesivamente en 2015, 2016, 2017,2018 y 2019 a través de las resoluciones 2164, 2227, 2295, 2364, 2423 y 2480. En la primera resolución se establece el límite de efectivos y se plantean sus 7 objetivos en orden de prioridad. Primero, la estabilización de los centros de población y el restablecimiento de la autoridad estatal en todo el país. Este primer objetivo engloba también la reforma del sector de la seguridad en Mali y los programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) de los que ocupara la ONU. Segundo, el soporte a la hora de ruta transitoria hacia la democracia, en este también en incluyen las medidas para iniciar un dialogo con el norte. Tercero, la protección del personal de las naciones unidas, así como de los civiles, particularmente mujeres y niños. Cuarto protección de los derechos humanos.

Quinto, dar soporte a la asistencia humanitaria. Sexto, protección del patrimonio cultural. Séptimo, soporte a las justicia nacional e internacional. Además, se especifica que las tropas francesas de la operación serval podrán dar soporte a MINUSMA en caso de ataque. Mas adelante se aplicará este mismo artículo con la operación Barkhane. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2013, p. 7-9)

Este mandato fue modificado con cada resolución que lo extiende un total de 6 veces. En la resolución 2164, su primera renovación, se mantiene los mismos objetivos y fuerzas, pero esta vez se especifica que la fuerza deberá operar en todo el norte, no solo en los centros de población principales. Se le da además más énfasis a la protección de los derechos humanos y de la población. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCI,. 2014, p. 7-9) Los objetivos comienzan a cambiar en la resolución 227, la prioridad pasa a ser mantener el alto al fuego y dar soporte al acuerdo de paz y reconciliación en Mali. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2015, p. 7-9) El cambio más significativo se produce en la resolución 2295 de 2016. En esta se aumenta el máximo de tropas y ahora la prioridad número 1 es dar soporte a la implementación del acuerdo de paz y reconciliación. Se mantuvo su faceta humanitaria, de protección de civiles, el proceso de DDR y la protección de patrimonio. Se añadieron también nuevos objetivos específicos para contrarrestar los ataques contra la misión y para que participe en los procesos de gestión del desarme. Por último, se menciona por primera vez la amenaza de los grupos terroristas de carácter yihadista instando a que la misión colabora con los programas de sanciones a Al-Quaida y Daesh. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2016, p. 7-9) La resolución 2364 de 2017 se mantiene en las mismas líneas, sin cambios relevantes. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2017, p. 7-9) Pero en la 2423 de 2018 se vio un cambio en el enfoque territorial del mandato. Se hace hincapié en el deterioro de la situación en el centro de Mali y el proceso de reconciliación pasa a ser un objetivo secundario siendo el principal que el estado recupere la autoridad en el norte. El resto de objetivos se mantienen, pero a excepción de la protección de los derechos humanos y la asistencia sanitaria, el resto de objetivos pasaran a ser categorizados como secundarios. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2018, p. 8-15) El último cambio el mandato se produce en la resolución 2480, que renueva el mandato hasta el 30 de junio de 2020. Los objetivos se mantienen los mismos, pero se enfatiza el hecho de que el cumplimiento de la hoja de ruta debería ser priorizado, ante todo. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2018, p. 5-13) Destacar que, a lo largo de los sucesivos mandatos, las fuerzas del G5

Sahel cada vez tienen más importancia. A partir de las 2432 se dedican secciones específicas a pedir a las tropas desplegadas del G5 Sahel una mayor presencia. En la resolución 2480 directamente se especifica que se le proporcionar material a esta misión. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2018 p.13)

iv. Personal

En la resolución 2100 en 2013 el consejo de seguridad se establecido el primer límite de efectivos para la misión. Este era de 11.200 efectivos militares y 1.440 policiales. En 2017 el consejo decide aumentar este límite hasta 13.289 en personal militar y 1920 en personal policial. Con respecto al personal civil el techo que se estableció fue de 1.619 (781 nacionales y 838 internacionales.) (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2013, p. 6) Para 2019 la misión no ha alcanzado este tope el personal militar está al 89,5%, el policial al 90,68% y el civil al 72,8%. Su despliegue se encuentra el norte de Mali, con bases en los principales centros de población: Agulhoc, Tessalit, Kidal, Menaka, Gao, Ansongo, Ber y Tubuctou, su presencia en el centro es menor con bases Douentza, Mopti, Diablay y Goundam, la base central de la operación está en Bamako. Siendo una misión internacional, hay personal de diversas naciones operando en el área, pero la distribución entre países es bastante desigual. Entre los 10 países que más aportan personal militar a la misión solo dos Bangladésh y China no son países africanos. Siendo Chad, Burkina-Faso, Egipto, Senegal, Togo, Niger, Guinea y Costa de Marfil el resto. Y tres de estos países, forman parte también de la operación Barkhane y de la fuerza del G5 Sahel desplegada en Mali. (MINUSMA FICHA INFORMATIVA, 2020)

v. Tareas llevadas a cabo

La misión lleva adelante el cumplimiento del mandato mediante diversos proyectos que van más allá del ámbito militar y de la seguridad. Su principal prioridad en 2019 es que el acuerdo para la paz y a la reconciliación en Mali se pueda llevar adelante, para ello se encargan de supervisar el alto al fuego entre las partes y participan en el proceso de desarme, desmovilización y reintegración de los combatientes (DDR). Este proceso está integrado desde los acuerdos de Argel y se lleva adelante en conjunción con el gobierno maliense a través de la comisión nacional de Desarme Desmovilización y Reintegración. Esta operación sin embrago no empezaría hasta 2018, pero en los años previos se establecieron 8 puntos de acantonamiento en el norte y se introdujeron medidas de "confidence-building" como patrullas conjuntas. Para 2020 el proceso sigue en marcha y hay 32.000 combatientes registrados. (SAVEY AND BOISVERT, 2019) En línea con

esta prioridad también se llevan adelante medidas para facilitar la celebración de elecciones como proporcionar seguridad o la monitorización y observación de estas. (ELECTORAL ASSISTANCE, 2020)

En línea con la segunda prioridad del mandato, reestablecer la autoridad del gobierno en el norte, se le proporciona apoyo logístico y medico a las FAM. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2018, p.12) En esta línea también se realizan tareas orientadas a la mejora el sistema judicial y del sistema penitenciario del país. (JUSTICE AND CORRECTIONS, 2020) Con respecto al objetivo de proporcionar protección a la población se realizan tareas de desminado a la vez que se entrena y proporciona equipo a las fuerzas malienses para realizar estas mismas tareas. (MINE ACTION, 2020) Además se ha creado una unidad específica para cuestiones de genero (MANDATE OF THE GENDER UNIT, 2020) y se han desplegado consejeros especializados en la protección de niños (PROTECTION OF CHILDREN, 2020).

La tarea de protección de civiles, otro de los puntos más importantes del mandato se realiza en base a tres aproximaciones: la promoción del dialogo entre partes, la presencia del personal militar y policial y el refuerzo de las ciudades del estado maliense. La misión tiene una división de derechos humanos que lleva adelante tareas de monitorización y tiene personal por todo el país. Con respecto a los proyectos de desarrollo y la ayuda internacional se canalizan a treves de la sección de estabilización y recuperación y de la Comission Réhabilitation des zones Post-Conflict inetgrada por MINSUMA, el UNPD y Francia(STABILIZATION & RECOVERY, 2020). Por último la fuera policial intente crear condiciones de seguridad asistiendo a las fuerzas policiales locales, realizando patrullas y recolectando inteligencia para la fuerza militar. Esta última proporciona seguridad para poder llevar adelante todas estas labores.

vi. Resultados

En 2013, la misión consiguió su primer logro pudiéndose celebrar elecciones parlamentarias y presidenciales considerándose estas válidas (LOTZE, 2015, p.9). Al año siguiente con la mediación de la ONU y las tropas de MINUSMA asegurando el alto al fuego se pudo llegar al acuerdo de reconciliación tras el proceso de Argel. Siendo el Acuerdo para la paz y la reconciliación un aparte importante de la misión se han establecido una serie de benchmarks para monitorizar su cumplimiento. Para 2018 de los 31 indicadores 9 estaban totalmente implementados 7 estaban parcialmente implementados y 14 estaban aun en progreso (BENCHMARKS FOR MONITORING THE

IMPLEMENTATION,2018). En las elecciones de 2018 habrá colaboración entre el gobierno y los formantes del pacto y ya no hay combates en el norte (ASSESING THE EFFECTIVENESS OF THE UNITED NATIONS MISSION IN MALI, 2019, p.5). A pesar de estos avances la embajadora de los Estados Unidos en la ONU, comentó que el acuerdo está teniendo problemas para ser implementado (UNITED STATES MISSION TO THE UNITED NATIONS, 2020) y los informes de la propia misión indican también dificultades (SITUATION IN MALI REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, 2020 p.6-20).

Con respecto al resto de tares se ha visto progreso. En el plan de desminado se ha reducido el número de víctimas de 52 en 2012 a 7 en 2017 y también se han mejorado las capacidades de las fuerzas malienses para lidiar con estas amenazas. En el proceso de DDR puesto que no se comenzó a imprentar hasta 2018 este aún no ha dado tantos resultados. No obstante, se planea integrar a 10.000 excombatientes en las fuerzas de seguridad malienses y reinsertar en sus comunidades a otros 16.000. En total se proyecta que 48.000 excombatientes se beneficien del programa (SITUACIÓN IN MALI REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, 2020, p.3). El proceso de desarme si que ha conseguido confiscar 341 toneladas de armamento ligero y munición (FASTFACTS-UNIFORMEDPERSONNEL, 2019). También se ha llevado adelante la reforma del sector de la seguridad en el país, sean entrenando a 34,555 miembros de las fuerzas de seguridad de Mali y 4655 han pasado por los cursos de detección de IED (FASTFACTS-UNIFORMEDPERSONNEL, 2019). Para 2018 ya se estaban desplegando nuevas unidades en el norte (SITUATION IN MALI REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, 2020). No obstante la violencia ha aumentado el país, sobre todo en la zona centro. Han muerto en total 208 peacekeepers (MINUSMA FICHA INFORMATIVA, 2020) mayoritariamente de peacekkepers de naciones africanas y en ataques perpetrados por grupos islamistas. Este aumento de las bajas se ha reflejado en los mandatos con el mayor énfasis a la protección tanto de la misión como de los civiles.

vii. Retos principales

Uno de los retos más importantes de la misión, que ya se veía en 2014, es la falta de personal. (LOTZE, 2015 p. 10) Esta hace que muchas de las iniciativas no se puedan llevar adelante y que como vimos ningún grupo de personal haya estado nunca al 100%. De hecho, a pesar de que se amplió el límite de personal, ese sigue estando por debajo del límite original de 2013 (LOTZE, W., (2015, p.6-

7). Otro problema es el empeoramiento de la situación en Mali. En el último informe de la misión, redactado en 2018 se destaca la creciente tensión política entre las organizaciones del norte y el gobierno maliense, las crecientes disputas étnicas, la gran cantidad de bajas dentro de las fuerzas malienses en este último caso destacando un aumento del 116 por ciento. Ha habido también en la zona centro una creciente presencia de grupos de autodefensa de carácter miliciano con un fuertes resentimiento hacia la presencia extranjera. A pesar de esto el informe se muestra optimista en el traspaso de competencias desde el gobierno maliense a las entidades regionales, así como la integración y grupos armados en las fuerzas armadas malienses. A pesar de esto indica que la integración de la mujer en estos procesos no es tan buena como se esperaba. A pesar de que se han centrado en la parte central de Mali hasta ahora, la multiplicación de las amenazas en otras regiones los ha llevado a configurar un plan que busca reorientar la misión hacia un perfil más móvil y flexible, para poder lidiar con un mayor número de amenazas. Pero, en definitiva, los observadores la ONU perciben un empeoramiento de la situación en Mali. MINUSMA va a tener que llevar adelante sus programas en este contexto de creciente inseguridad. (SITUATION IN MALI REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, 2020)

viii. Relación con otras misiones

Desde el primer mandato en 2013, se ha previsto que MINUSMA colabore estrechamente con las fuerzas francesas en Mali. Es por ello que se autoriza a las fuerzas francesas para dar apoyo en el caso de que las fueras de la ONU se encuentren en peligro inminente. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2013, p.9) En un principio también hubo un reparto de tareas entre la operación serval y MINUSMA con respeto al objetivo común de estabilizar el país, mientras que el primero se encargaría de actividades de "peace-enforcement" el segundo se encargarían de disuadir amenazas y evitar que los grupos armados regresaran a las áreas en conflicto. No obstante, esta división no puedo llevare a cabo en la práctica (BERGAMASCHI, 2013). Se hace referencia en esta primera resolución a la misión EUTM solicitando al secretario general que ayude a coordinar esfuerzos en el campo de la reforma del sector de la seguridad. (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2014 p.9) También colaboran estrechamente con el G5 Sahel desde la resolución 2391 del consejo de la seguridad ofreciendo equipo enteramiento y apoyo logístico y operacional a la fuerza. UNITED NATIONS SECURITY COUNCI, 2017) Todas estas misiones se coordinan para poder operar en el país habiendo reuniones semanales entre

oficiales de MINUSMA, BARKHANE, EUTM y el G5 para coordinar esfuerzos (NOVOSSELOFF, SHARLAND, 2019).

4. ANÁLISIS COMPARADO

Cada proyecto se enfocó y se empezó a desarrollar de una manera distinta, fueron llevados adelante por actores con características y enfoques diversos y en algunos casos vemos contradicciones dentro de las propias misiones. El objetivo de este apartado es destacar las similitudes y diferencias entre estas misiones y ver como se superponen, contradicen y como se relacionan entre ellas. El primer punto a tratar seria quien tomó la iniciativa, en este caso podríamos decir que Francia, con el lanzamiento el 11 de enero de la operación Serval, seguida de ECOWAS, que despliega AFISMA el día 17 de ese mismo mes y por último EUTM que se despliega el 18 de febrero. Francia mantendrá esta iniciativa también en el posconflicto apoyando los proyectos de la UE y la ONU. Tanto la EU como la ONU no actúan desde un primer momento de manera tan contundente por diversas razones. En el caso de la UE debido a sus problemas para coordinar sus fuerzas, pero en el caso de la ONU, deja que la respuesta inicial sea de carácter local y permite actuar a ECOWAS y a Francia garantizándoles legitimidad a través de la resolución 2085.

Estos tres actores tienen experiencia a la hora de llevar adelante misiones en el exterior, es por ello que el enfoque que le den estará mediado por sus intereses, pero sobre todo por sus capacidades materiales. (ENGBERG, 2013) En el caso de la UE, esta tiene a su disposición los EU battlegroup, unidades multinacionales de aproximadamente 1500 efectivos cada una, que hasta ahora nunca se han desplegado en el extranjero por la falta de voluntad política y por cuestiones presupuestarias. Es por ello que la incapacidad para desplegar estas unidades hace que las misiones de la UE, como en el caso de EUTM Somalia, tengan que ser limitadas en su naturaleza. (VAN DER LIJN, 2015, p.73) (EU BATTLEGROUPS, 2017). Una ventaja de la EU es su buena coordinación con el consejo de seguridad de la ONU, que le prorpciono la legitimidad que necesitaba para operar a través de una resolución. (VAN DER LIJN, 2015, p.56)

Francia también depende de la legitimidad que le ofrece tener un mandato que apoye su misión. Pero a diferencia de la UE, al ser un actor unitario se puede permitir hacer intervenciones más rápidas y a mayor escala, algo que ya hizo antes con la operación Epervier. (POWELL, 2020) En el caso de Barkhane también

hemos de tener en cuenta que es una iniciativa a nivel regional que se enmarca dentro de una estrategia francesa en el continente que va desde Djibouti hasta Mali. (FROMION, ROUILLARD, 2013) Tanto la UE como MINUSMA tienen planes de acción regional para el sahel, pero la misión francesa es la que es la que más énfasis pone en lo internacional de los retos a los que se enfrentan. La ONU por su parte se puede permitir lanzar la misión más ambiciosa del país pues posee la legitimidad, los recursos y el apoyo de la comunidad internacional. (VAN DER LIJN, 2015, p.44) Es por ello que aplica una visión holística que abarca al igual que las otras dos el ámbito militar pero que también se encargara de la protección de civiles y de los derechos humanos.

Los objetivos también son diversos, pero también encontramos elementos en común. Por un lado, tenemos a una misión de entramiento para las FAM con EUTM, por otro una misión a nivel regional que busca combatir los grupos yihadistas y, por último, una misión internacional a gran escala que busca estabilizar el país a través de un acuerdo entre las partes a la vez que protege a la población. Pero, a pesar de que tengan objetivos tan distintos, en muchos puntos sus enfoques se solapan.

Uno de estos puntos es la reforma del sector de la seguridad en Mali. Esta consiste en dotar al gobierno maliense de las capacidades para poder sostener su soberanía en todo el territorio y proteger a su ciudadanía. EUTM y MINUSMA son los que más contribuyen a este proyecto, y en menor medida Barkhane, pero lo hacen de maneras distintas. En el caso de EUTM vemos como buscan formar de manera comprensiva todos los aspectos de las fuerzas armadas malienses. Desde los propios cuadros de mando del ejército hasta las propias unidades a nivel individual. Por su parte MINUSMA forma a las FAM y a la policía en tareas especificadas como el Desminado, así como en derechos humanos y género. Es una formación más orientada a que las FAM tengan capacidades que puedan redundar en beneficio de la población. En el caso de la Operación Barkhane, la formación que ofrecen se enfoca exclusivamente hacia el G5 Sahel.

La ayuda al G5 Sahel es uno de los puntos más en común en estas tres misiones siendo un objetivo expreso en los tres mandatos. En este caso EUTM Y Barkhane son los más comprometidos mientras que MINUSMA juega un papel menos relevante. Este apoyo parece ir en la línea de fortalecer un actor regional que puede a largo plazo ser el que acabe el trabajo que estas tres misiones empiezan en Mali. Francia parece ser el actor más implicado en este caso siendo el que promocionó la creación de este grupo, el que más recursos aporta a la organización

y el que promocionó la reunión del 13 de enero de 2020 para replantear la estrategia del G5. Con respeto a MINUSMA, no es hasta 2018 cuando incorpora la ayuda al G5 al mandato (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2018 p. 8-15) mientras que EUTM ya lo introduce en 2016. Decisión 2016/446/CFSP, (CONSEJO EUROPEO, 2016)

Los objetivos también han cambiado con los sucesivos mandatos de forma diferente en cada misión, pero vemos similitudes. Una de más importantes además del progresivo apoyo al G5 es la relevancia que ha ganado el centro de Mali. En UTM, en su tercer mandato en 2016 se aplican las misiones hasta el rio Níger. En la Operación Barkhane a diferencia de Serval que se enfocaba en el norte, el área Liptako-Gourma tiene un papel vital. MINUSMA, en 2018 se hace hincapié en el deterioro de la situación en el centro de Mali, pero no se aplican medidas específicas. Destacar que los cambios en los mandatos han sido especialmente relevantes en el caso de MINUSMA. Ha llegado a cambiar los objetivos en hasta 4 ocasiones manteniendo ciertos elementos, pero reorganizando su prioridad. En líneas generales estos cambios han supuesto un aumento de la relevancia de la hoja de ruta y del rol de protección de civiles. Seguramente, como reacción ante la creciente violencia.

Al ser misiones militares es importante ver también que amenaza perciben. En el caso de EUTM Mali expresan en su mandato que entrenan a las FAM para que se enfrente a los Grupos terroristas. En el caso de la operación Barkhane es más explícito comentando que los "grupos terroristas armados" son su objetivo. En el caso de MINUSMA no explicitan la amenaza a la que se deben de enfrentar, algo normal pues han de presentarse como imparciales ante el conflicto. No obstante, a partir del mandato de 2016 se estipula que se comenzaran a colaborar en la lucha contra Al-Kaeda y Daesh, pero, los grupos terroristas parece no ser una de las prioridades de MINUSM a pesar de que son los que más bajas han causado a su propio personal.

Las fuerzas también difieren enormemente de una misión a otra. El tamaño de la operación depende de tipo de misión, EUTM es la menos numerosa con solo 750 operativos, algo coherente con su naturaleza de misión limitada. En el caso de Barkhane, al ser una fuerza desplegada en varias naciones tenemos 4.700 operativos desplegados, no obstante, no sabemos cuántos están desplegados en Mali. En el caso de MINUSMA, tienen desplegados entre civiles y personal policial y militar tienen 15.072 efectivos, el triple que Barkhane. El que las fuerzas de MINUSMA sean tan numerosas se debe a que sus objetivos son más ambiciosos

y por ende requieren más personal. Pero, puede que este personal no sea suficiente pues es la única misión en la que se acusa la falta de personal y en la que esta esta notablemente por debajo de los limites estipulados por su mandato. (LOTZE, 2015, p.6-7).

Las tres misiones, incluso Barkhane se componen de personal de diversas naciones que presenta varias diferencias. El caso de Barkhane presenta las mayores peculiaridades. La primera es que a pesar de que Francia tiene capacidad para llevar adelante su misión sin depender de aliados como hizo en la operación Epervier y más adelante en Serval, se ha rodeado de más países en Barkhane. Primero con los daneses y más adelante con Bélgica, Estonia, Francia, Países Bajos, Portugal y Suecia en la Task Force Takuba. La segunda es que ha sido para 2016 el mayor contribuidor de tropas para EUTM con 210 operativos, pero para MINSUMA solo aporta 35 operativos. EUTM por su parte tiene una distribución desigual, con Francia, Alemania y España aportando la mayor parte del personal en la primera fase de la operación. Algo comprensible, pues la participación en la operación no es obligatoria. (DICKE, R., 2014, p.11) Con respecto a MINUSMA, se trata de la misión en la que los países africanos tienen más relevancia, algo que no se da en el resto de operaciones que prefieren colaborar o proporcionar asistencia al contingente del G5 que tiene un carácter más regional.

Con respecto al impacto de las misiones sigue siendo difícil de valorar. Un ejemplo de estos problemas son las cifras de bajas infligidas a los grupos terroristas por la operación Barkhane. Desde 2014 han "neutralizado" a 600 yihadistas principalmente de las cupulas dirigentes de los grupos. (20MINUTES.FR, 2019). No obstante, la creciente violencia en Mali y los crecientes ataques pueden poner en duda que estos números indiquen un progreso en la operación. Otro punto poco claro son los proyectos de MINUSMA, la hoja de ruta aun esta por aplicarse al completo y el proceso de DDR a pesar de tener proyecciones ambiciosas sobre el número de ex combatientes que va a procesar, no ha comenzado formalmente aún.

Otro de los pocos puntos que podeos comparar es el número y naturaleza de las bajas sufridas por estas misiones. En este aspecto destaca que EUTM no ha sufrido ninguna baja, en parte por el énfasis que se le ha dado a la fuera de protección. Este énfasis en la seguridad también se ve en que no se aplicó el mandato el norte hasta más adelante por no poder asegurar tan bien la seguridad de la fuerza. (EUTMMALI.EU FACHSHEET, 2020) También, en esta misma línea la prohibición de acompañar a las tropas es expresa en el mandato. Pero, este

enfoque tan estricto en la seguridad puede resultar problemático para que la fuerza desempeñe su misión. La operación Barkhane ha sufrido un total de 25 muertes en Mali, (DEFENSE.GOUV.FR, 2020, p.22-23) algo de esperar siendo la misión que más expuesta está a las operaciones de combate. Pero, en el caso de MINUSMA tenemos con diferencia el mayor número de bajas con un total de 208. A pesar de que sea la misión que más personal tiene desplegado, la proporción de bajas es mucho mayor. Podemos ver que el grado de ambición de la misión se correlaciona con un mayor número de bajas. Por último, en el caso de Barkhane vemos cambios en las composiciones de los miembros de la misión que no vemos en EUTM y MINUSMA. Originalmente la operación serval fue un esfuerzo únicamente francés, más adelante se unirían los daneses cuando esta se convierto en Barkhane y para 2020, con la creación de la Task Force Takuba. Vemos pues como lo que era la iniciativa de una sola nación se va convirtiendo poco a poco en una alianza ad-hoc. (VAN DER LIJN, 2015)

Las tres misiones se encuentran en contacto cercano constantemente con reuniones semanales. Las tres son llevadas adelante por organismos que se reconocen mutuamente y que ya han trabajado juntos en el pasado, además tiene objetivos comunes y que se complementan. Con respeto a esta complementación, Barkhane es especialmente relevantes pues es de enorme utilidad tanto para EUTM como para MINUSMA. En el primero, completa el ciclo usual de formación aportando el feedback que necesita sobre el desempeño de las tropas en el frente y en el segundo puede acudir en ayuda de la misión si esta se ve en peligro. Barkhane sin embrago no recibe tantos beneficios, pero si, la legitimidad que otorga tener a la EU y a la ONU de su parte.

Se ha sugerido que Francia tiene la ambición de liderar el conjunto de intervenciones extrajeras en Mali, algo comprensible teniendo en cuenta que tienen la misión que se encarga de las tareas más peligrosas. No obstante, esto puede suponer un problema también. A falta de un estudio sobre la opinión publica en Mali, Barkhane es con diferencia la que más críticas ha recibido, incluso acusaciones de neo colonialismo. (KANE, 2019) No obstante, Francia fue el que más tropas aporta a EUTM y el que presiono para el despliegue de MINUSMA. Así que podríamos decir que sí que está estableciendo su liderazgo. No obstante, hemos de tener en cuenta que MINUSMA es la que más personal aporta y la que más legitimidad tiene para estar allí desplegada.

Oto punto relevante a lo largo plazo es que las tres misiones colaboraron para que las propis naciones africanas puedan encargarse de la cuestión maliense

en un futuro. En línea con este objetivo vemos todo el apoyo a las fuerzas del G5. Pero, MINUSMA es probablemente la plataforma que más ayuda a esto dado que el número de pacekeepers africanos de esta fuerza era para 2017 del 67% (ALBRECH, 2017, p.7) 3.622 de ellos miembros también del G5 S. (SIDIKOU, 2019, p.106)

5. CONCLUSIÓN

El este trabajo hemos visto como las características de estas misiones y como se relacionan las unas con las otras. Primero, hemos visto que circunstancias llevan al despliegue de esta misión y que atores están involucrados en esta coyuntura. Hemos visto como las diferencias entre norte provocaron la crisis de 2012. En esta, el alzamiento de los grupos tuareg que provocaron la retirada del ejército maliense provoco un golpe de estado en el país. Mas adelante los grupos yihadistas toman el control del norte y lanzarían una ofensiva ala sur que se frenaría con la intervención de Francia en la Operación serval, seguida de MINUSMA por parte de la ONU y EUTM por parte de la Unión Europea. Vemos también los actores involucrados en este conflicto, principalmente el gobierno maliense, el MNLA junto con los grupos firmantes del acuerdo de Argel y los grupos yihadistas afiliados a Al-Kaeda y Daesh.

Analizando las misiones por separado hemos visto que características tiene cada una además de cómo se formaron, que objetivos tienen, que fuerza tienen, que han conseguido, así como sus retos y por último como se relacionan. EUTM es una misión de entrenamiento, de baja intensidad que busca dotar a largo plazo de capacidades al ejercito maliense; Barkhane busca combatir en primera línea al territorio junto con los diversos países del Sahel con una iniciativa a escala regional y por último MINUSMA busca realizar una misión de peackeeping a escala nacional con un despliegue amplio y con unos objetivos ambiciosos. Con respecto al desligue de las misiones, estas se complementan bastante bien, EUTM se centra en el sur hasta el rio Niger, Barkhane está desplegada por el norte ero sobre todo en el evento, MINUSMA se centra exclusivamente en el norte.

Con respecto a las fuerzas, EUTM es la menos numerosa, seguida de Barkhane cuyo número es más difícil de estimar por estar desplegada en varios países, pero la más numerosa y diversa es MINUSMA triplicando los efectivos de Barkhane. Con respecto a sus avances, es el punto más difícil de estimar, pero podemos ver que, en los puntos comparables como la formación de tropas,

MINUSMA es la que más personal de las FAM ha formado seguido de EUTM y Barkhane que se centran más en formar también a las tropas del G5 Sahel. Con respecto a los retos todas ellas sufren la amenaza de ataques terroristas que han acusado bajas en Barkhane pero especialmente en MINUSMA, que ha tenido con diferencia el mayor número de bajas. Cada misión tiene también retos únicos, EUTM debe coordinarse con un gobierno maliense que no siempre responde adecuadamente, Barkhane ha de hacer frente a una opinión publica crecientemente hostil, MINUSMA ha tenido que lidiar con los problemas del proyecto de paz y sus retrasos.

Con respecto a la segunda parte la dedicada a la comparación vimos que se asemejan en varios puntos. Todas ellas apuestan fuertemente por fortalecer el gobierno maliense y su esfuerzo por realizar una reforma del sector de la seguridad para lo que destinada recursos a la formación de sus fuerzas armadas. También tienen los tres intereses en formar y apoyar al G5 sahel, pero con diferencias sustanciales. Por otra parte, su enfoque es totalmente distinto, una es una misión de entrenamiento, otra una misión de combate y formación y la ultima una operación de mantenimiento de paz a gran escala. En cuanto a sus medios aún son más dispares, siendo MINUSMA con diferencia la más numerosas, pero también la más ambiciosa y la que más bajas ha tenido. Además, perciben amenazas distintas siendo los grupos terroristas el foco de EUTM y Barkhane y la inestabilidad política y social del norte el de MINUSMA.

A pesar de estas diferencias vemos que cada una cumple un rol complementario, EUTM forma a las FAM, Barkhane combate directamente a los grupos yihadistas y MINUSMA protege a la población civil y asegura la paz en el norte. No obstante, hay muchos puntos en los que se superponen como hemos comentado. La colaboración entre estas tres misiones es estrecha con reuniones semanales ofreciéndose apoyo continuo. La ONU garantiza la legitimidad a las otras dos misiones, Francia se encarga de las misiones de combate y proporciona seguridad a MINUSMA y feedbak a EUTM, la misión europea por su parte se encarga de ofrecer una formación a largo plazo a las FAM que tendrán que suplir al papel de estas tres misiones en el futuro.

Por último, unas consideraciones. Estas misiones tienen un enfoque claramente militar con una visión más tradicional de la seguridad. A pesar de Barkhane y Minsuma tienen programas destinados a la mejora del nivel de vida de los ciudadanos, este está lejos de ser du foco principal. Por último, considero que estas misiones solo han hecho que crecer en número y presupuesto y que de cara

al empeoramiento que hemos visto en 2019 de la situación en Mali, no creo que veamos una retirada de estas fuerzas en el corto-medio plazo.

REFERENCIAS

20 MINUTES.FR. *Au Sahel, L'armée Française A «Neutralisé» Plus De 600 Jihadistes Depuis 20*. Disponible en: <https://www.20minutes.fr/monde/2461579-20190228-sahel-armee-francaise-neutralise-plus-600-jihadistes-depuis-2015> Acceso en: 4 May 2020.

MORA TEBAS, J., *Terrorismo En El Sahel: Ataque A La Base De La EUTM (Koulikoro.Mali)… ¿Un Salto Cualitativo?*. Ieee.es. Disponible en: <http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_informativos/2019/DIEEEI06_2019JUAMOR-Koulikoro.pdf> Acceso en: 22 Jun 2020.

ENCICLOPEDIA BRITANICA. *Mali - 2012 Coup And Warfare In The North*. Disponible en: <https://www.britannica.com/place/Mali/2012-coup-and-warfare-in-the-north> Acceso en: 3 Abr 2020.

ALBRECH, P., AFRICAN PEACEKEEPERS IN MALI. *Danish Institute for International Studies*, DIIS REPORT 2017: 02. Disponible en: <https://pure.diis.dk/ws/files/762381/DIIS_RP_2017_2_WEB.pdf> Acceso en: 15 Jun 2020.

BOSERUP, R; MARTINEZ, L., 2018. *FRENCH COUNTERTERRORISM*. Jstor. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/resrep17370.8.pdf?refreqid=excelsior%3Ab24c10fb42614f0ee9b6e6e5dfb77615> Acceso en: 4 May 2020.

BOUTELLIS, A. Can the UN Stabilize Mali? Towards a UN Stabilization Doctrine?. *tability: International Journal of Security & Development*, 4(33), pp.1–16. Disponible en: < https://www.stabilityjournal.org/articles/10.5334/sta.fz/ > Acceso en: 6 Jun 2020.

BERGAMASCHI, I. *MINUSMA: Initial Steps, Achievements And Challenges*. Files.ethz.ch. Disponible en: <https://www.files.ethz.ch/isn/170549/MINUSMA.pdf> Acceso en: 6 Jun 2020.

BBC NEWS, *Mali Signs Peace Deal With Tuareg*. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-22961519> Acceso en: 3 Abr 2020.9

BBC NEWS. (20139. *Mali Signs Peace Deal With Tuareg*. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-22961519> Acceso en: 3 Abr 2020.9

BRUNET, R., *Opération Barkhane : "Les Problèmes Sur Place Ne Sont Pas Réglés"*. France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/fr/20171221-niger-emmanuel-macron-operation-barkhane-g5-sahel-mali-burkina-faso-tchad-mauritanie> Acceso en: 6 May 2020.

CARLOS ECHEVERRÍA, J., Ieee.es. Disponible en: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_investig/DIEEEINV02-2013_AlQaidaTierrasMagreb_RegionMenaxAsiaCentral.pdf> Acceso en: 3 Abr 2020.

CASAFRICA.ES. *Información Sobre Mali | Casa África*. Disponible en: <http://www.casafrica.es/fich_pais.jsp?DS52.DATAID=13277> Acceso en: 15 Abr 2020

CMAIS-STRAT.COM. Disponible en: <https://www.cmais-strat.com/wp-content/uploads/2017/11/AQMI-Histoire-Structure-et-nouveaux-defis-v4.pdf> Acceso en: 3 Abr 2020.

CHAUZAL, G; VAN DAMME, T. 2013_Tuaregs_MMoraleda.pdf> Acceso en: 3 Abr 2020.

https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/The_roots_of_Malis_conflict.pdf

D'EVRY, A. *L'opération Serval À L'épreuve De Doute: Vrais Succés St Fausses Leçons*. Ifri.org. Disponible en: <https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/fs59devry_0.pdf> Acceso en: 4 May 2020.

DEFENSE.GOUV.FR. 2020. *PRESS PACK Operation Barkhane*. Disponible en: <https://www.defense.gouv.fr/operations/barkhane/dossier-de-reference/operation-barkhane> Acceso en: 4 May 2020.

DEFENSE.GOUV.FR. *Lancement De L'opération Barkhane*. Disponible en: <https://www.defense.gouv.fr/english/operations/actualites2/lancement-de-l-operation-barkhane> Acceso en: 4 May 2020.

Decision 2013/34/CFSP, (Consejo europeo, 2013)

DENTICE, G. *Euromesco Policy Brief*. Euromesco.net. Disponible en: <https://www.euromesco.net/wp-content/uploads/2018/02/Brief80_Terrorism-in-the-Sahel-Region.-An-evolving-threat-on-Europe-doorstep.pdf> Acceso en: 3 Abr 2020.

DÍEZ ALCALDE, J. Mali: Construir defensa con el apoyo de la Unión Europea. *IEE*, Disponible en: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA69-2013_ContruirDefensa_Mali_UE_JDA.pdf> Acceso en: 20 Abr 2020.

DICKE, R. The European Union Training Mission in Mali: A case study. *Croatian International Relations Review*, 20(71), pp.91-119.

DW.COM. *Timeline Of The Crisis In Mali*. Disponible en: <https://www.dw.com/en/timeline-of-the-crisis-in-mali/a-18453016> Acceso en: 3 Abr 2020.6

EEAS.EUROPA.EU. *Strategy For Security And Development In The Sahel*. Disponible en: <http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/africa/docs/sahel_strategy_en.pdf> Acceso en: 23 Abr 2020.

EEAS.EUROPA.EU. 2017. *EU Battlegroups*. Disponible en: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/factsheet_battlegroups.pdf> Acceso en: 15 Jun 2020.

EFFECTIVEPEACEOPS.NET. 2019. *Assesing The Effectiveness Of The United Nations Mission In Mali*. Disponible en: <https://effectivepeaceops.net/wp-content/uploads/2019/05/EPON-MINUSMA-Report-Exec-Summary.pdf> Acceso en: 6 Jun 2020.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. *Mali - 2012 Coup And Warfare In The North*. Disponible en: <https://www.britannica.com/place/Mali/2012-coup-and-warfare-in-the-north> Acceso en: 3 Abr 2020.

EIZENGA, D. Long term trends across security and development in the Sahel. *West African Papers*, (25).

EUTMMALI.EU. *EUTM Mali | Background*. Disponible en: <https://eutmmali.eu/background/> Acceso en: 20 Abr 2020.

EUTMMALI.EU. *Common security and defence policy european training mission mal*. Disponible en: <https://eutmmali.eu/wp-content/uploads/2019/06/191306-EUTM_Mission_Factsheet_JUN19_EN-website.pdf> Acceso en: 20 Abr 2020.

EUTMMALI.EU FACTSHEET. *EUTM Mali | FACTSHEET EUTM MALI*. Disponible en: <https://eutmmali.eu/factsheet-eutm-mali/> Acceso en: 23 Abr 2020.

EUTMMALI.EU. *EUTM Mali | Organization*. Disponible en: <https://eutmmali.eu/organization/> Acceso en: 23 Abr 2020.

ENGBERG, K. *Ten years of eu military operations*. Iss.europa.eu. Disponible en: <https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Brief_41_EU_military_operations.pdf> Acceso en: 15 Jun 2020.

FRANCE 24. *De Retour À Kidal, L'Armée Malienne Veut Incarner La Restauration De L'autorité De L'état*. Disponible en: <https://www.france24.com/fr/20200213-de-retour-à-kidal-l-armée-malienne-veut-incarner-la-restauration-de-l-autorité-de-l-état> Acceso en: 4 May 2020.

FROMION, Y ; ROUILLARD, G. *RAPPORT D'INFORMATION DÉPOSÉ En Application De L'Article 145 Du Règlement PAR LA COMMISSION DE LA DÉFENSE NATIONALE ET DES FORCES ARMÉES En Conclusion Des Travaux D'Une Mission D'Information (1) Sur L'Évolution Du Dispositif Militaire Français En Afrique Et Sur Le Suivi Des Opérations En Cours*. Assemblee-nationale.fr. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2114.asp> Acceso en: 4 May 2020.

GORMAN, Z. *Pursuing Elusive Stability In The Sahel | SIPRI*. Sipri.org. Disponible en: <https://www.sipri.org/commentary/topical-backgrounder/2019/pursuing-elusive-stability-sahel> Acceso en: 14 Abr 2020.

GUIBERT, N. *Au Sahel, Le Nouveau Visage De L'Opération « Barkhane »*. Le Monde.fr. Disponible en: <https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/01/13/au-sahel-le-nouveau-visage-de-l-operation-barkhane_6025672_3212.html> Acceso en: 4 May 2020.

HERMOSO ORZÁEZ, E. *Cuadernos de estrategia*, 176, pp.123-162. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5270495> Acceso en: 20 Abr 2020.

HAIDARA, B. *Pourquoi L'Opinion Publique Malienne A Une Vision Négative De L'Opération Barkhane*. The Conversation. Disponible en: <https://theconversation.com/pourquoi-lopinion-publique-malienne-a-une-vision-negative-de-loperation-barkhane-130640> Acceso en: 6 May 2020.

HDR.UNDP.ORG. / *Human Development Reports*. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/MLI> Acceso en: 15 Abr 2020.

INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Terrorism Index 2019: Measuring the Impact of Terrorism, Sydney, November 2019*. Available from: http://visionofhumanity.org/reports (Acceso en: Date Month Year).

FANUSIE, J; AND ENTZ, A. *Terror Finance Briefing Book, Al-Qaeda In The Islamic Maghreb Financial Assessment*. S3.us-east-2.amazonaws.com. Disponible en: <https://s3.us-east-2.amazonaws.com/defenddemocracy/uploads/documents/CSIF_TFBB_AQIM.pdf#page=14&zoom=100,0,564> Acceso en: 3 Abr 2020.

KANE, P. *The French Colonial Designs In Mali*. Aljazeera.com. Disponible en: <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/french-colonial-designs-mali-190820111338087.html> Acceso en: 15 Jun 2020.

KEITA, N. *Agreement for peace and reconciliation in Mali resulting from the Algiers process Between euphoria and scepticism*: traces of peace. 1st ed. Bamako: Friedrich-Ebert-Stiftung.

KOEPF, T. *Stuck in the desert: negotiations on northern mali*. Iss.europa.eu. Disponible en: <https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Alert__42_Northern_Mali_06.pdf> Acceso en: 3 Abr 2020.

POWELL, N. *The Flawed Logic Behind French Military Interventions In Africa*. The Conversation. Disponible en: <https://theconversation.com/the-flawed-logic-behind-french-military-interventions-in-africa-132528> Acceso en: 15 Jun 2020.

LASTRA ECHARANDIO, V, *Derecho y Cambio Social*, Año 13(Nº. 43,)

LEBOVICH, A. *Mali, Algeria, And The Uneasy Search For Peace*. ECFR. Disponible en: <https://www.ecfr.eu/article/commentary_mali_algeria_and_the_uneasy_search_for_peace> Acceso en: 11 Abr 2020.

LECOCQ, B; KLUTE, G. *Tuareg separatism in mali. International Journal, 68*(3), 424-434. Retrieved Abr 3, 2020, from: www.jstor.org/stable/24709398

LE POINT. *Fin De L'opération Serval Au Mali*. Disponible en: <https://www.lepoint.fr/monde/fin-de-l-operation-serval-au-mali-13-07-2014-1845763_24.php#> Acceso en: 4 May 2020.

LE ROUX, P. *Exploiting Borders In The Sahel: The Islamic State In The Greater Sahara*. Africa Center for Strategic Studies. Disponible en: <https://africacenter.org/spotlight/exploiting-borders-sahel-islamic-state-in-the-greater-sahara-isgs/> Acceso en: 4 May 2020.

LE ROUX, P. *Responding To The Rise In Violent Extremism In The Sahel – Africa Center*. Africa Center for Strategic Studies. Disponible en: <https://africacenter.org/publication/responding-rise-violent-extremism-sahel/> Acceso en: 14 Abr 2020.

LOTZE, W. *United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission In Mali (MINUSMA)*. Disponible en: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199686049.001.0001/oxfordhb-9780199686049-e-72> Acceso en: 6 Jun 2020.

MARIANO PÉREZ, J. *La Asistencia Militar De Operacion Especiales la Experiencia en EUTM* Mali. *Revista Ejercitos* (N. 880), pp.64-73. Disponible en: <https://ejercito.defensa.gob.es/en/Galerias/multimedia/revista-ejercito/2014/Revista_Ejercito_880_Julio_agosto_2014.pdf> Acceso en: 20 Abr 2020.

MAYA, V. *EUTM Mali-Aiming to improve the Malian Army*. *IMPETUS*, 25, pp.22-24. Disponible en: <https://eeas.europa.eu/delegations/cameroon/46065/impetus-issue-25_es> Acceso en: 20 Abr 2020.

M.TULL. *The European Union training Mission And the Struggle for a new model army in Mali*. *IRSEM*, Research Paper No. 89. Disponible en: <https://www.irsem.fr/data/files/irsem/documents/document/file/3233/RP_IRSEM_89.pdf> Acceso en: 20 Abr 2020.

MARTÍN-PEÑATO, M., *El pueblo tuareg y su papel en el conflicto de mali*. Ieee.es. Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2013/DIEEEO75-2013_Tuaregs_MMoraleda.pdf

MINUSMA.UNMISSIONS.ORG. 2014. *Accord Preliminaire A L'election Presidentielle Et Aux Pourparlers Inclusifs De Paix Au Mali*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/sites/default/files/130618mali2_0.pdf> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA.UNMISSIONS.ORG. 2018. *Benchmarks For Monitoring The Implementation Of The Agreement On Peace And Reconciliation In Mali : From 20 March To 30 May 2018*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/file/8297/download?token=skPj4YbK> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA.UNMISSIONS.ORG. 2020. *Situation In Mali Report Of The Secretary-General*. Disponible en:

<https://minusma.unmissions.org/sites/default/files/s_2020_223_e.pdf > Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. *Stabilization & Recovery*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/stabilization-recovery> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. *History*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/history> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA.UNMISSIONS.ORG. *Fastfacts-Uniformedpersonnel*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/sites/default/files/03-19_fast_fact_en_final.pdf> Acceso en: 6 Jun 2020.

NACIONES UNIDAS MANTENIMIENTO DE LA PAZ. *Minusma Ficha Informativa*. Disponible en: <https://peacekeeping.un.org/es/mission/minusma> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. 2020. *Electoral Assistance*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/electoral-assistance> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. 2020. *Justice And Corrections*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/justice-and-corrections> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. 2020. *Mine Action*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/mine-action> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. 2020. *Mandate Of The Gender Unit*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/mandate-gender-unit> Acceso en: 6 Jun 2020.

MINUSMA. 2020. *Protection Of Children*. Disponible en: <https://minusma.unmissions.org/en/protection-children> Acceso en: 6 Jun 2020.

NOVOSSELOFF, A; SHARLAND, L., *Partners And Competitors: Forces Operating In Parallel To UN Peace Operations*. Disponible en: <https://www.ipinst.org/2019/11/partners-and-competitors-forces-operating-in-parallel-to-un-peace-operations> Acceso en: 6 Jun 2020.

NYIRABIKALI, D. *Mali Peace Accord: Actors, Issues And Their Representation | SIPRI*. Sipri.org. Disponible en: <https://www.sipri.org/node/385> Acceso en: 3 Abr 2020.

PRESS, E. *EUTM Mali | C2 PROGRESS*. Eutmmali.eu. Disponible en: <https://eutmmali.eu/c2-progress/> Acceso en: 22 Jun 2020.

R. GOFFI. *Opération Barkhane: Entre Victoires Tactiques Et Échec Stratégique | Chaire Raoul-Dandurand En Études Stratégiques Et Diplomatiques | UQAM*. Chaire Raoul-Dandurand en études stratégiques et diplomatiques. Disponible en: <https://dandurand.uqam.ca/publication/operation-barkhane-entre-victoires-tactiques-et-echec-strategique/> Acceso en: 4 May 2020.

REGERINGEN, SE. *Joint Press Statement Task Force Takuba: Launching Ministerial Meeting*. Disponible en: <https://www.regeringen.se/495e58/globalassets/regeringen/dokument/forsvarsdepartementet/takuba/joint-press-statement-task-force-takuba.pdf> Acceso en: 4 May 2020.

SÁNCHEZ, G. *Mali: análisis del alzamiento tuareg* (2012-2015). Revista de Estudios En Seguridad Internacional, 4(1), 147-160. https://doi.org/10.18847/1.7.9

SARDIÑA, M., *Lucha Terrorista: Francia Desplegará 600 Soldados Más En El Sahel*. France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200202-lucha-terrorista-francia-desplegará-600-soldados-más-en-el-sahel> Acceso en: 4 May 2020.

SAVEY, A; BOISVERT, M., *The Process Of Disarmamentdemobilization-Reintegration (DDR) In Mali: A Journey Full Of Pitfalls*. Frstrategie.org. Disponible en: <https://www.frstrategie.org/sites/default/files/documents/programmes/observatoire-du-monde-arabo-musulman-et-du-sahel/publications/en/339.pdf> Acceso en: 6 Jun 2020.

SERGEI BOEKE *Al Qaeda in the Islamic Maghreb: Terrorism, insurgency, or organized crime?*, Small Wars & Insurgencies, 27:5, 914-936, DOI: 10.1080/09592318.2016.1208280

S. SIDIKOU, M., *Cuadernos De Estrategia 202 El Sahel Y G5: Desafíos Y Oportunidades*. Ieee.es. Disponible en: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_202_El_sahel_y_g5_desafios_y_oportunidades.pdf> Acceso en: 15 Jun 2020.

SUMMERS, M., *Observatorio de la actividad yihadista en el Magreb y el Sahel Occidental de noviembre de 2019* Disponible en: < https://observatorioterrorismo.com/analisis/observatorio-de-la-actividad-yihadista-en-el-magreb-y-el-sahel-occidental-de-noviembre-de-2019/ > Acceso en: 3 Abr 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2013. *Resolution 2100*. Disponible en: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2100> Acceso en: 6 Jun 2020. P. 7-9

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2014. *Resolution 2164* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2164> Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2015. *Resolution 2227.* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2227 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2016. *Resolution 2295.* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2295 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL.2017. *Resolution* 2364. Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2364 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2018. *Resolution 2423.* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2423 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2019. *Resolution 2480.* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2480 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2019. *Resolution 2480.* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2480 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 2017. *Resolution 2391.* Disponible en: http://unscr.com/en/resolutions/doc/2391 Acceso en: 6 Jun 2020.

UNITED STATES MISSION TO THE UNITED NATIONS, *Remarks On The Situation In Mali And The United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission In Mali (MINUSMA) | United States Mission To The United Nations*. Disponible en: <https://usun.usmission.gov/remarks-on-the-situation-in-mali-and-the-united-nations-multidimensional-integrated-stabilization-mission-in-mali-minusma/> Acceso en: 6 Jun 2020.

UN.ORG. *Agreement For Peace And Reconciliation In Mali Resulting From The Algiers Process*. Disponible en: <https://www.un.org/en/pdfs/EN-ML_150620_Accord-pour-la-paix-et-la-reconciliation-au-Mali_Issu-du-Processus-d%27Alger.pdf> Acceso en: 12 Abr 2020.

VAN DER LIJN, J., BRISCOE, I., DRENT, M., HOMAN, K., VAN DER PUTTEN, F. AND ZANDEE, D., *Peacekeeping Operations In A Changing World*. Clingendael.org. Disponible en: <https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/Peacekeeping%20operations%20in%20a%20changing%20world.pdf> Acceso en: 15 Jun 2020.

YAGÜE, J., *Jamā'At Nuṣrat Al-Islām Wa-L-Muslimīn | Observatorio Terrorismo*. Observatorioterrorismo.com. Disponible en: <https://observatorioterrorismo.com/actividades/jamaat-nuṣrat-al-islam-wa-l-muslimin/> Acceso en: 3 Abr 2020./

ZENN, J., *The Sahel'S Militant 'Melting Pot': Hamadou Kouffa'S Macina Liberation Front (FLM) - Jamestown*. Jamestown. Disponible en: <http://jamestown.org/program/the-sahels-militant-melting-pot-hamadou-kouffas-macina-liberation-front-flm/> Acceso en: 3 Abr 2020./

GT 04

Los nuevos modelos de cooperación al desarrollo entre América Latina y la Unión Europea

COORDINACIÓN:
José Ángel Sotillo Lorezno (IUDC-UCM), José Miguel Calvillo Cisneros (UCM)

DESCRIPCIÓN: Tanto la Unión Europea como América Latina y el Caribe se enfrentan a tensiones, crisis e incertidumbres que las debilitan tanto interna como internacionalmente. La UE tiene que hacer frente a la era pos Brexit, a nacionalismos crecientes y a una fragmentación norte-sur. América Latina revive una situación económica preocupante, una polarización política (como refleja el caso venezolano) y a una paralización de sus procesos de integración. Eso afecta lógicamente a las relaciones eurolatinoamericanas, con la percepción de que ambas regiones se alejan; más aún en un mundo donde cada parte tiene que atender las consecuencias de las decisiones del presidente Donald Trump en el marco de un proceso de desglobalización. La Comisión Europea presidida por Ursula von der Leyen y el alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Josep Borrell, abren nuevas expectativas tanto para reorientar la política general de la UE como para aumentar la proyección exterior de la UE de 27. Junto a sus crisis, América Latina viene desempeñando un papel relevante en la Cooperación Sur-Sur, modificando las tradicionales relaciones de ayuda Norte-Sur. Todo ello en un marco compartido de implementar la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, una dimensión importante de las relaciones eurolatinoamericanas. Si ese es el marco de análisis, lo que se pretende es cómo recuperar y dinamizar esa relación eurolatinoamericana, que sin duda tendría beneficios mutuos, además de reformar el tan necesario multilateralismo.

GÉNERO, CUESTIÓN SOCIAL Y SOSTENIBILIDAD: en búsqueda del punto de convergencia

Claudia Pablos Lorenzo
Graduada en la Universidad Rey Juan Carlos
Madrid, España
claupaloren@hotmail.com

Resúmen: Este documento tiene el propósito de realizar una comparativa entre tres cuestiones de especial transcendencia a las que se enfrenta la sociedad brasileña y la española en la actualidad que son: la lucha feminista por la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, la urgencia en dar una respuesta efectiva a los retos medioambientales y la lucha contra la discriminación racial de los afrodescendientes. En este sentido, estos tres desafíos se han visto respaldados por fuertes olas de concienciación y reivindicación ciudadana, liderando los principales movimientos sociales del S.XXI. El fin último es conseguir la igualdad de género, nuevos modelos económicos que garanticen el crecimiento sostenible, y de sistemas institucionales que sean más democráticos y que protejan mejor a las minorías. El objetivo de este trabajo es tratar, en mayor profundidad, estas cuestiones y reflejar la relevancia que tienen las asociaciones de cooperación y de ayuda al desarrollo en su desempeño por lograr una solución conjunta para estos desafíos. Para ello, se recurrirá a la monitorización de programas de integración social que fomenten la inserción de mujeres racializadas en posición de vulnerabilidad en el mundo laboral, a través de iniciativas emprendedoras de sensibilización medioambiental. Para ello, se ejemplificará específicamente la labor de ASPLANDE, una asesoría de mujeres emprendedoras situada en Río de Janeiro. Desde 1992, ASPLANDE cumple la misión de instrumentalizar comunidades de baja renta, particularmente grupos formados por mujeres jefas de familia, procedentes de favelas situadas en las periferias de Río de Janeiro. Asimismo, se hará referencia a los fondos de desarrollo que existen entre Europa y Brasil y que dan lugar a proyectos que benefician enormemente a ambas partes.

Palabras clave: Desarrollo; Sostenibilidad; Integración; Feminismo; Medioambiente

Abstract: The purpose of this document is to make a comparison between three very important issues that the Brazilian and Spanish society are facing nowadays, which are: the feminist struggle for equal conditions between men and women, the urgency to give an effective response to environmental challenges and the fight against racial discrimination against people of African descents. In this sense, these three challenges have been supported by strong waves of awareness and citizen

demand, becoming the main social movements of the 21st century. The ultimate end it to achieve gender equality, a new economic model that will guarantee sustainable growth, and institutional structures that will be more democratic and protective of its minorities. The objective of this essay is to deal with these issues and reflect the relevance of cooperation and development aid associations in their performance to achieve a joint solution to these challenges. They do so by monitoring social integration programs that promote insertion of racialized women in a vulnerable position in the labor market, through entrepreneurial environmental awareness initiatives. To this end, the work of ASPLANDE will be used as an example of a consultancy for women entrepreneurs located in Rio de Janeiro. Since 1992, ASPLANDE has carried out the mission of instrumentalizing low-income communities, particularly groups made up of women heads of families, from favelas located in the peripheries of Rio de Janeiro. Likewise, reference will be made to the development funds that exist between Europe and Brazil and that give rise to projects that greatly benefit both parties.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos cinco años ha habido un incremento significativo en cuanto a la involucración ciudadana en diferentes movimientos sociales, particularmente en la lucha feminista, la lucha contra el cambio climático y la lucha contra la vulneración de los derechos de los afrodescendientes (a este último movimiento se le conoce internacional como el *Black Lives Matter* debido a la relevancia de las movilizaciones masivas producidas este año en Estados Unidos).

En parte, el aumento de esta participación se debe al compromiso de las generaciones más jóvenes en este tipo de movimiento sociales. En este contexto, sería interesante cuantificar el impacto que las redes sociales han tenido a la hora de fomentar la concienciación juvenil en este tipo de luchas sociales, no sólo por el alcance casi inmediato de la red, sino por nuevo paradigma comunicacional que se ha generado en la última década (ARAB, 2015, p.7). En este sentido, la *cibercomunicación* ha multiplicado la cantidad de recursos de información disponibles y, además, han facilitado la accesibilidad a dichos recursos por parte de la población general.

Por ello, si bien ninguno de estos movimientos es novedoso (de hecho, llevan gestándose en diferentes "olas" desde sus respectivos orígenes), es evidente que a día de hoy nos encontramos en un momento de transformación de la *consciencia colectiva*, en el que los derechos sociales y el compromiso ciudadano van de la mano, exigiendo un futuro más justo, igualitario y sostenible.

En esta investigación, se procederá a realizar una comparativa de estos tres movimientos sociales y de su evolución en España y en Brasil. Con ello, no se pretende desprestigiar ni prescindir de otros tipos de movimientos sociales de gran importancia en la actualidad como podría ser, por ejemplo, movimiento LGTBI+, sino que, de acuerdo con la temática de este congreso ha parecido más relevante determinar unos límites conceptuales para la realización de este trabajo.

Una vez explicados detalladamente el impacto de estos movimientos sociales en la sociedad española y brasileña, se procederá a analizar como la crisis sanitaria (y ahora económica) de la COVID-19 ha afectado a estas tendencias. Y, por último, se procederá a identificar una posible alternativa que ofrezca una solución conjunta a los desafíos que amenazan la lucha feminista, la lucha contra el cambio climático y la lucha contra la vulneración de los derechos de los negros.

En primer lugar, se hará referencia al movimiento feminista y a la Cuarta Ola de empoderamiento femenino que se ha puesto de manifiesto aproximadamente en el mismo marco temporal tanto en España como en Brasil, pero como consecuencia de distintos eventos desencadenantes (AGUILAR BARRIGA, 2020, p. 121). En segundo lugar, se tratará la cuestión de la discriminación y la exclusión social del colectivo negro en ambos países y se comentará las diferentes perspectivas existentes a la hora de recabar datos sobre la identidad negra en España y en Brasil. Por último, se hará alusión al movimiento ecologista y a los principales colectivos que lideran las protestas en cada país: estando los grupos estudiantiles más involucrados en España y las comunidades indígenas en Brasil.

1. El movimiento feminista

En España, la celebración del 8M, el día de la mujer, ha ido cobrando importancia de manera progresiva hasta el punto de que, en 2019, se decretó la huelga general feminista, que suponía una huelga laboral, de consumo y de cuidados, con el objetivo de visibilizar las desigualdades estructurales de género que están presentes en la sociedad. Entre otras, el trabajo oculto de las mujeres (o el denominado trabajo invisible), la brecha salarial y los techos de cristal existentes en el mercado laboral, la dificultad del acceso de las mujeres a determinados campos de formación, la infrarrepresentación femenina en puestos de toma de decisiones y la necesidad de denunciar de manera colectiva todas las formas de violencia de género que sufren las mujeres en la actualidad (Comisión Feminista 8M, 2019, p. 1).

Asimismo, en el contexto español es importante tener en cuenta la celebración del juicio de *La Manada*, que se trató de la violación en grupo de una joven en los Sanfermines de 2016. Los resultados de esta sentencia fueron muy controvertidos y cuestionados por la opinión pública, tanto a nivel nacional como internacional, generando nuevas marchas feministas en todas las grandes ciudades españolas en abril de 2018 (BALAGUER, 2019, p. 39).

Por su parte, en el caso brasileño, el empoderamiento femenino ha sido asociado, en gran medida, al asesinato de Marielle Franco en 2018. Marielle Franco, concejala del Partido Socialismo y Libertad, se había posicionado como la figura renovadora de la política brasilera, al ser una mujer negra, lesbiana, nacida en la favela, universitaria y defensora de la igualdad racial y de género en Brasil (CAPASSO, 2019, p. 228).

Además, había sido la quinta parlamentaria más votada en las elecciones de Río de Janeiro de 2016, lo que la fijaba como una "amenaza" para el germen de la ideología nacionalista y conservadora que ya venía gestándose años antes de la elección del presidente Bolsonaro.

En este caso, el asesinato político de Marielle Franco ocasionó un reclamo masivo de justicia por parte de toda la sociedad que se vio representado en numerosas manifestaciones en todo el país. Cabe destacar que tal fue el nivel de involucración ciudadana por la muerte de Marielle que la escuela de samba Mangeuira le dedicó a la concejala de Río de Janeiro el homenaje en su desfile del sambódromo de 2019, con el que ganó el primer premio del Carnaval carioca.

2. El movimiento contra la discriminación racial de los afrodescendientes

En este contexto, es lógico entender que esta última ola de protestas feministas en Brasil ha estado sistemáticamente acompañada por la lucha de las mujeres racializadas. No obstante, desde una perspectiva comparada, se debe resaltar que la lucha contra la discriminación racial en Brasil ha sido (y es) mucho más significativa (y representativa) que en España. En parte, esto se debe a que el porcentaje de población negra o mulata en Brasil es mucho mayor que en España.

Debido a su gran diversidad étnico-racial, Brasil es uno de los únicos países latinoamericanos que incluye categorías raciales (*cotas raciais*) en sus censos, diferenciando entre blancos (*brancos*), negros (*preto*), mulatos (*pardos*), amarillos (*amarelo*) e indígenas (PEREIRA, 2007, p. 403). Esta categorización se efectúa por

autoidentificación, es decir, el Instituto Brasileiro de Geografía e Estadísticas (IBGE), el organismo encargado de realizar los censos poblacionales, le da la libertada a cada ciudadano encuestado de decidir en qué categoría se identifica.

Ante esta categorización del IBGE, se debe enfatizar que la suma de las secciones de *pretos* y *pardos* configura la categoría más amplia de los afrodescendientes, a los que nos referiremos de ahora en adelante como la identidad negra.

En Brasil, este tipo de cuotas o categorías étnicas son utilizadas como proceso democratizador para garantizar el acceso a la educación universitaria, es decir, las universidades públicas brasileñas incluyen un sistema de cuotas raciales que reserva un cupo de plazas para que los alumnos negros (*pretos* y *pardos)* e indígenas que hayan complementado su formación primaria y secundaria en el servicio de educación público puedan seguir haciéndolo a nivel universitario (FARIAS, 2019 p. 9).

La implementación de este tipo de políticas públicas, basadas en criterios raciales, se fundamenta en el concepto de discriminación positiva como mecanismo de inclusión social y económica para beneficiar a una parte de la población que claramente se enfrenta a mayores barreas de acceso al mercado laboral (APARECIDA, 2008, p. 134). En otras palabras, el sistema de cuotas sirve como un catalizador de mayores oportunidades de inserción laboral para los grupos más vulnerables. Se espera que este sistema sirva para ir reduciendo progresivamente las desigualdades raciales en Brasil.

De acuerdo con los datos recogidos por el IBGE en la *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicilios* (PNDA), desde 2015, el censo demográfico brasileño muestra que, en una sociedad de casi 200 millones de habitantes, los negros (*pretos* y *pardos*) son la mayoría, con un 49.6% de representación, frente al 49.4% de blancos (IBGE, 2020, p.1). No obstante, los negros continúan siendo una etnia discriminada, debido a las grandes brechas estructurales arraigadas histórica y culturalmente a la sociedad brasileña, como resultado del pasado esclavista.

Con estos datos, lo que se pretende reflejar es que al tratarse de la mayoría étnica la que se encuentra en situación de desigualdad, discriminación y exclusión social, es más probable que surja un movimiento social que luche por defender los derechos de ese grupo oprimido y que ese movimiento sea más popular (o esté más respaldado) que en España, donde la población afrodescendiente empadronada sólo representa al 20.24% de la población total, según el *Estudio para*

el conocimiento y caracterización de la comunidad africana y afrodescendiente (BARBOSA, 2020 p. 46).

En este contexto, cabe destacar que el porcentaje de población afrodescendiente en España es un índice más difícil de calcular que en Brasil, ya que los censos realizados por el Instituto Nacional de Estadística no pueden incluir datos sobre el origen étnico o racial, la religión o la orientación sexual del individuo encuestado (MINISTERIO DE INCLUSIÓN, 1995, p. 15).

Por lo tanto, para poder parametrizar los datos respectivos a colectivos minoritarios como son los negros, es necesario utilizar muestreos que no requieran conservar datos que identifiquen individualmente a las personas y, además, se debe contar con el consentimiento explícito del encuestado, teniendo en cuenta la forma en que se definan a sí mismos. Adicionalmente, las estadísticas deben realizarse en conformidad con las normas relativas a los derechos humanos y las libertades fundamentales, de acuerdo con las disposiciones relativas a la protección de datos y a las garantías de la intimidad – es decir, se debe asegurar que la información recogida no será utilizada de manera indebida (BARBOSA, 2020, p. 26).

No obstante, a pesar de que el porcentaje de la población de identidad negra en España es mucho menor que la brasileña, es importante resaltar que, de manera progresiva, la lucha contra el prejuicio racial va cobrando cada vez más importancia.

3. El movimiento ecologista

Al incremento de lo seguidores de los movimientos feministas y antirracistas en los últimos años se debe añadir también la lucha contra el cambio climático y la correspondiente defensa del planeta, la biodiversidad y los hábitats naturales, tanto terrestres como marinos.

Por su parte, si bien el cambio climático venía combatiendo discursos negacioncitas desde hace varias décadas, la evidencia científica es cada vez más clara. En consecuencia, la ciudadanía se ha ido concienciado de manera colectiva en búsqueda de alternativas y opciones que sean más respetuosas con el medioambiente. En este contexto, parece imposible tratar el incipiente movimiento medioambiental sin hacer referencia al *fenómeno Greta Thunberg*:

Con tan sólo quince años, Greta Thunberg decidió hacer "huelga escolar por el clima" hasta que se celebrasen las elecciones generales en Suecia, pidiendo

al nuevo gobierno de su país que tomase las medidas necesarias para reducir las emisiones de carbono conforme lo establecido en el Acuerdo de París. Rápidamente las propuestas de Greta cobraron interés a nivel internacional, lo que condujo a miles de jóvenes a organizar huelgas estudiantiles por el clima en todo el mundo.

El objetivo de estas manifestaciones era reclamar a los representantes políticos que adoptasen una posición proactiva en la lucha contra el cambio climático, implementando políticas que protegiesen el medioambiente y redujesen las emisiones de gas de efecto invernadero.

En este escenario, el nuevo mandato de la Comisión Europea, liderado por la presidenta Úrsula von der Leyen, se estableció sobre el pilar del Pacto Verde Europeo con el que se aspira a convertir a Europa en el primer continente climáticamente neutro de aquí a 2050 (COMISIÓN EUROPEA, 2020, p. 1).

La nueva Ley Europea por el Clima pretende establecer el marco normativo necesario para agilizar el proceso de descarbonización de la economía, promover la utilización de energías renovables, garantizar el uso eficiente de la energía, desplegar sistemas de transporte limpios e invertir en nuevas tecnologías que sean respetuosas con el medioambiente.

Con todo, el objetivo de la Unión es lograr la transición ecológica y digital (las famosas transiciones gemelas) para transformar el actual modelo de mercado por uno que sea sostenible a largo plazo.

En España, las manifestaciones por el clima tomaron impulso a finales de 2019, con la celebración de la Cumbre por el Clima (COP 25) en la ciudad de Madrid. Las estimaciones de la prensa contaron con más de 500 000 participantes en la marcha, quiénes denunciaban la falta de ambición climática de los líderes globales y presionaban para que se adoptase un compromiso mayor para frenar la emergencia climática.

Por su parte, en Brasil, el debate climático está más enfocado a la lucha contra la deforestación del Amazonas. Generalmente son las asociaciones medioambientales indígenas quieren lideran la lucha en el país, llegando incluso a llevar a grandes multinacionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ROMERO, 2020, p. 1.).

En este sentido, los pueblos nativos de la Amazonía son los que sufren los mayores impactos medioambientales y sociales de la deforestación. Por ello, son los que más se implican en la lucha contra la tala ilegal.

Si bien el problema de la deforestación del Amazonas amenaza a todos los países transamazónicos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela), Brasil es, debido a su tamaño, el país más afectado por la deforestación. En especial, la pérdida de bosques avanza sobre el llamado "arco de deforestación", que se extiende por los estados de Acre, Rondônia, sur de Amazonas, norte de Mato Grosso, sureste de Pará, centro y norte de Tocantins, y este de Maranhão (MARTINO, 2007, p. 7).

Para contrarrestar la deforestación, es esencial que aumente la red de áreas protegidas, así como la extensión de las reservas indígenas a fin de evitar peores consecuencias para los ecosistemas de la selva amazónica. Asimismo, la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (más conocido como el Acuerdo de Escazú) ha sido uno de los mayores éxitos en cuanto a la protección de la vulnerabilidad de los pueblos indígenas.

En principio, este acuerdo promueve la protección de personas y organizaciones defensoras de los derechos humanos en asuntos medioambientales. Y, además, reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano y promueve la participación pública en políticas medioambientales (CEPAL , 2018, p. 1). No obstante, a pesar de que el acuerdo fue firmado por veinticuatro Estados de América Latina y el Caribe en 2018, en la actualidad aún tiene que ser ratificado por varios países, entre ellos Brasil (sin embargo, parece improbable que esto suceda teniendo en cuenta el actual liderazgo político del país).

Volviendo a la esfera internacional, la UE pretende hacerse con el liderazgo mundial en materia de protección del clima. Con ello, se estima que los esfuerzos por implementar el Pacto Verde Europeo no sólo tengan un efecto positivo en sus, ahora, veintisiete Estados miembros, sino que se espera hacer uso de la llamada diplomacia verde para fomentar que otros Estados ajenos a la UE se unan a estas directrices utilizando la política comercial como moneda de cambio para promover la lucha contra el cambio climático.

En paralelo, conviene destacar que, si bien los Estados Unidos de Trump se habían distanciado de las prioridades climáticas, parece ser que, con la llegada del nuevo presidente electo, Joe Biden, el compromiso estadounidense se volverá

a posicionar a favor de la lucha contra el cambio climático. De hecho, en su primer día de mandato, el nuevo presidente de Estados Unidos firmó la re-adhesión al Acuerdo de Paris. Este escenario aporta una visión más esperanzadora a los defensores del medioambiente, que paulatinamente ven cómo sus líderes políticos van sumándose a la causa, proponiendo más acciones dirigidas a mitigar los efectos de la crisis climática. No obstante, por ahora, el compromiso político alcanzado todavía no es suficiente para combatir la emergencia climática de manera efectiva.

4. El impacto de la COVID-19 en estos tres movimientos sociales

Una vez introducidos tres de los movimientos sociales más significativos de la actualidad, se procederá a identificar cómo la crisis de coronavirus ha afectado a estos fenómenos con el objetivo último de poder encontrar un punto de convergencia entre ellos, que sirva como alternativa común de carácter trasversal para paliar los desequilibrios existentes entre hombres y mujeres, para reducir la tasa de discriminación y exclusión social relacionada con la identidad negra y para contrarrestar los efectos de la crisis climática.

La crisis sanitaria de la COVID-19 ha dejado entrever numerosas lacras del sistema en el que vivimos. Entre otros factores, la pandemia mundial ha manifestado la urgencia de adaptar nuestro modo de vida al mundo digital, la necesidad de salvaguardar las cadenas de suministros para evitar la escasez de productos esenciales en épocas de crisis, o las consecuencias negativas de recortar sistemáticamente en servicios públicos como la sanidad, la educación o las pensiones.

No obstante, este estudio se centrará en el análisis de la pandemia desde las perspectivas específicas de género, de medioambiente y de repercusión social:

En cuanto a las implicaciones en la cuestión de género, la cuarentena a la que se han visto sometidos la gran mayoría de los países del mundo ha generado un efecto estremecedor en las estadísticas de violencia de género:

Las últimas actualizaciones de los informes de violencia doméstica del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE por sus siglas en inglés), así como los datos recogidos por los servicios públicos de atención a víctimas de violencia de género en Europa confirman que, al decretar las medidas de confinamiento, miles de mujeres se quedaron atrapadas en sus hogares con parejas o familiares abusivos (EIGE, 2020, p. 1).

Estos acontecimientos generaron un aumento repentino de malas prácticas en los núcleos familiares y condenaron a miles de mujeres a situaciones de abuso, lo que representa que todavía deben realizarse grandes esfuerzos para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres a nivel global.

Durante la primera ola de la pandemia, quedó muy claro que la mayoría de los países de la UE tenían sistemas de apoyo particularmente inestables en su misión de proteger a las víctimas de la violencia de género. Según el EIGE, el personal de los centros de apoyo a la mujer se vió abrumado por la creciente demanda de violencia doméstica, ya que no tenían suficiente personal para continuar ayudando a las víctimas *in situ;* y, además, el personal de asesoramiento tampoco se sintió preparado para brindar apoyo remoto a las víctimas de violencia de género (EIGE, 2020, p. 1).

Pero no sólo eso, sin que, durante la pandemia, la mayor parte de la carga familiar (en términos de cuidados y de trabajo doméstico no remunerado) recaía sobre las mujeres de familia; y de acuerdo con el informe de *Diversidad de género y formación* realizado con datos del INE, en España, la COVID-19 disparó la brecha de género en términos de empleo de manera que la tasa de paro en el segundo trimestre de 2020 aumentó hasta 18.39% para las mujeres, cuatro puntos porcentuales por encima de la tasa de desempleo de los hombres (BBVA, 2020, p. 10).

En definitiva, la experiencia de la pandemia ha demostrado que las mujeres continúan siendo un grupo vulnerable en situaciones de emergencia.

Con respecto a la repercusión medioambiental, la pandemia también ha tenido un efecto significativo sobre el planeta. Si bien durante los meses iniciales del confinamiento se observaron cambios ambientales sustancialmente positivos (como, por ejemplo, la mejora de la calidad del agua de los canales de Venecia), más a largo plazo, se ha podido observar el grave impacto que la COVID ha tenido sobre el medio ambiente.

En este sentido, todos hemos visto un aumento excesivo de la contaminación de los ecosistemas marinos debido a la superproducción de plásticos de "usar y tirar" como las mascarillas quirúrgicas y los guantes desechables. Asimismo, también ha habido un aumento de la producción de plásticos de embalajes como consecuencia del aumento del comercio electrónico.

En este contexto, si bien todavía parece muy pronto para poder valorar si la pandemia ha beneficiado o perjudicado la biodiversidad del planeta, numerosos

estudios científicos, así como la Organización Mundial de la Salud ya han presentado publicaciones en las que se explica la co-relación existente entre el cambio climático y el desarrollo de nuevas enfermedades, virus y pandemias (EFEVerde, 2020, p. 1). De esta manera, el cambio climático se establece como la piedra angular para la llegada de nuevas enfermedades en el futuro.

Por último, en cuanto a las consecuencias sociales, las personas que se han visto más afectadas por la crisis de COVID-19, tanto en términos económicos como en términos sanitarios han sido aquellas que ya se encontraban en una situación de precariedad antes de la llegada del coronavirus.

En otras palabras, es importante destacar que la pandemia no solo ha perpetuado las desigualdades sistemáticas entre los más pobres y los más ricos, sino que a medida que pasaban los meses, las desigualdades en el nivel de la renta y de la riqueza se han ido intensificado progresivamente (COMISIÓN EUROPEA, 2020, p. 1).

Por ello, si bien la cuestión de género, el impacto climático y las desigualdades sociales ya eran cuestiones fundamentales que debían ser abordadas en la era pre-COVID, la realidad actual ha demostrado que, ahora más que nunca, se debe encontrar una solución común que sea más feminista, equitativa y sostenible a largo plazo.

Por consiguiente, el objetivo de este trabajo es tratar estas tres cuestiones, reflejando la relevancia que tienen las asociaciones de ayuda al desarrollo, la sociedad civil, las ONG y las pymes para lograr una solución conjunta ante estos desafíos.

Para ello, se ejemplificará específicamente la labor de ASPLANDE (*Assessoria e Planejamento para o Desenvolvimento*), una asesoría de mujeres emprendedoras situada en Río de Janeiro que, desde 1992, fomenta la inserción de mujeres con baja renta en el mundo laboral.

5. La respuesta conjunta de ASPLANDE

En 2019, ASPLANDE, en colaboración con la ONG británica Social Starters, inició una nueva iniciativa llamada *Programa Incubadora de Negocio Social*, que obtuvo financiación del British Council en el marco del programa de financiación DICE (*Developing Inclusive and Creative Economies*).

Con este proyecto se buscaba promover 50 iniciativas emprendedoras que tuviesen un verdadero impacto social, es decir, que generasen algún tipo de beneficio social para la población carioca (SOCIAL STARTERS, 2020, p. 3).

La gran mayoría de las emprendedoras que participaron en este proyecto se trataban de mujeres de identidad negra (*pretas* y *pardas),* por lo general, jefas de familia, que recurrían a la creación de negocios como alternativa para crear ingresos adicionales y contribuir a la economía familiar.

El objetivo de la Incubadora era combatir la vulnerabilidad social de las mujeres y brindar oportunidades de crecimiento a los modelos de negocio creados por cada emprendedora. Por lo general, las participantes del Programa de Incubadora Social se enfrentaban a barreras económicas y sociales significativas debido a su género, raza o clase. En el marco de la teoría feminista, este concepto es conocido bajo el nombre de la *interseccionalidad de género*:

La interseccionalidad hace alusión al análisis sobre cómo el sexo y el género se cruzan con otras identidades o características personales, de manera que estas intersecciones contribuyen a experiencias más complejas de discriminación (EIGE, 2020, p. 1).

En otras palabras, la interseccionalidad de género hace referencia a que las mujeres constituyen un grupo heterogéneo, por lo que pueden enfrentarse a la discriminación debido a diversas características personales, a parte del hecho de ser mujer.

Una de las primera personas de la historia del feminismo que puso de manifiesto esta realidad fue la esclava afroamericana Sojourner Truth, en 1851 con su discurso *¿Acaso yo no soy mujer?* En este discurso, Truth plantó por primera vez la perspectiva de la "doble discriminación": por una parte, la exclusión de raza - por ser negra – y, por otra, la exclusión de género - por ser mujer (VARELA, 2018, pg 56).

En la actualidad, es fácil observar como la doble (o en ocasiones triple) discriminación sigue siendo un problema fundamental que afecta de manera sistemática a millones de personas en el mundo. Para hacer frente a esta situación, la profesora afroamericana Kimberlé Crenshaw presentó en 1989 el concepto de interseccionalidad de género como marco de referencia que reconoce que la desigualdad social tiene una base estructural multidimensional (CRENSHAW, 1989, p. 140). En otras palabras, la perspectiva interseccional permite ver la

interacción de los distintos sistemas de opresión y sus consecuencias para los derechos humanos de las mujeres.

En este sentido, el Programa Incubadora de Negocio Social reconoce las diferentes realidades a las que deben hacer frente las mujeres y utiliza herramientas para fomentar el feminismo interseccional en todos los ámbitos de actuación del proyecto:

Durante los seis meses de duración del programa, ASPLANDE ofrecía un curso de formación y capacitación para nuevas emprendedoras, apoyo tutorizado con mentores ya especializados en el proceso de creación de negocios, acceso a un espacio de trabajo y la oportunidad de construir nuevas redes de contactos (*networking*) a través de las cuales encontrar posibles socios, inversores y asesores que apoyasen los proyectos de emprendimiento (ASPLANDE, 2020, p. 20).

Los proyectos emprendedores y las iniciativas sociales dirigidas por mujeres cubrían una variedad muy amplia de sectores económicos, desde la salud y la educación hasta la gastronomía y la moda, y tenían como objetivo proporcionar soluciones creativas a los diversos desafíos sociales a los que se enfrentaban las comunidades de mujeres en los territorios periféricos de la ciudad de Río de Janeiro (SOCIAL STARTERS, 2020, p. 4).

A continuación, se presentarán los tres mejores proyectos de la primera edición del Programa Incubadora de Negocio Social de ASPLANDE, con el objetivo de demostrar cómo estas iniciativas pueden establecerse como punto de inflexión para la defensa y promoción de un modelo de negocio feminista, sostenible y que combata la exclusión social:

Una de las participantes, Ana Lucia Barbosa Santos, presentó su iniciativa *Visão do Bem* a través de la cual promovía el acceso a gafas de calidad y bajo coste para aquellas personas que vivían en áreas de vulnerabilidad social y que no contaban las condiciones económicas necesarias para hacer frente al coste de adquirir un par de gafas (VISÃO DO BEM , 2020, p. 2).

En Brasil, se estima que más de 30 millones de personas necesitan algún tipo de diagnostico visual, por ello, el impacto social de Visão do Bem era promover mejores condiciones oculares en las regiones menos favorecidas, facilitando el acceso a exámenes oftalmológicos de calidad y bajo coste, así como a gafas a precio más económicos.

Ana Lucia firmó varios contratos de asociación con diferentes clínicas de oftalmología localizadas en Río de Janeiro, a través de las cuales consiguió una serie de descuentos para atender a aquellos pacientes que se encontraban en situación desfavorable, generando un impacto real en las comunidades.

En paralelo, ASPLANDE entró en contacto con la empresa española llamada Parafina que fabrica gafas 100% ecológicas con materiales reciclables. De este modo, se empezó a negociar un acuerdo de ventas *win-win*, a través del cual, la empresa española vendería gafas a precio asequible para los pacientes de Visão do Bem.

Otro proyecto de emprendimiento de la Incubadora sería la empresa de impacto social *Mimos*, fundada por Clarisse Seixas, en la que fabrica productos cosméticos naturales, veganos y artesanales sostenibles. Además, Clarisse brinda apoyo, formación y *expertise* a otras mujeres que quieran introducirse en el mercado de producción de productos sostenibles para vender y generar ingresos (ASPLANDE, 2020, p.1).

Los productos de Clarisse se realizan a base de ingredientes amazónicos (*cupuaçu*), africanos (*karité*) e indios utilizados en la medicina ayurvédica (*shikakai*). Se trata de productos diferenciados, con un alto valor añadido debido a las características multifuncionales que tienen los ingredientes naturales (MIMOS NATURAIS, 2020, p. 1).

De esta manera, Clarisse incita a un consumo más consciente y responsable al vender productos *cruelty free*, biodegradables y producidos sin incluir ingredientes sintéticos, como los micro plásticos, sustancias presentes en la gran mayoría de la cosmética tradicional que causan daños tanto al organismo como al medio ambiente.

El tercer proyecto más exitoso de esa primera edición de la Incubadora fue la iniciativa *Mantiquira Mercado Local* de Ivi Félix, quién creó un espacio colaborativo en el que se venden alimentos, bebidas y productos artesanales sostenibles con el objetivo de promover el consumo local (como sustituto del consumo de productos procesado de grandes establecimientos). Además del mercado, este espacio colaborativo promueve la participación en actividades de educación y formación que combinan arte y cultura (MATIQUIRA, 2020, p. 1).

Estas tres iniciativas fueron galardonadas con un viaje a Londres en el que las emprendedoras pudieron presentar sus proyectos frente a la organización colaboradora de ASPLANDE, Social Starters.

CONCLUSIONES

En definitiva, estos tres modelos de negocio sirven como casos ejemplificadores, en los que se crea un punto de convergencia entre el feminismo, la inclusión social y la sostenibilidad; pues se tratan de proyectos apoyados por una asociación feminista, liderados por mujeres, que ofrecen soluciones sostenibles y generan un impacto social considerable en las comunidades en las que son introducidos.

Este tipo de iniciativas demuestra la importancia de valorar la calidad del tejido asociativo que tienen nuestras sociedades, tanto la española como la brasileña, para ofrecer soluciones conjuntas y efectivas. En este contexto, los fondos de ayuda al desarrollo, como el marco financiero ofrecido por el British Council, son extremadamente relevantes para impulsar el valor asociativo y las iniciativas emprendedoras que verdaderamente pueden generar mejoras sustanciales en la calidad de vida de la ciudadanía.

En conclusión, esto tres movimientos sociales han tenido un gran impacto en los últimos años principalmente debido a que han dejado de ser una ideología minoritaria (o perteneciente únicamente a grupos marginales), para convertirse en un pensamiento generalizado que ha conseguido entrar de forma masiva en la sociedad (BALAGUER, 2019, p. 36).

Asimismo, la evolución de este tipo de movimientos ha impulsado la acción colectiva fundamentándola principalmente en cuestiones de justicia social. De este modo, el movimiento feminista, el movimiento ecológico y la lucha contra la vulneración de los derechos de los negros se han convertido en reivindicaciones universales. En consecuencia, han surgido nuevas iniciativas (en este caso emprendedoras) que aportan soluciones conjuntas y creativas a estos tres desafíos, siguiente el lema de moda: "piensa globalmente, actúa localmente" (*think global, act local*).

REFERENCIAS

AGUILAR BARRIGA, N., "Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2020, vol. 5, nº 2, p. 121.

APARECIDA, G., "Cuotas raciales, identidad negra y derechos en el Brasil", *Revista de Ciencias Sociales*, 2008, nº 32, p. 134.

ARAB, E., "Impacto de las redes sociales e internet en la adolescencia: aspectos positivos y negativos", *Revista Médica Clínica Las Condes*, 2015, vol. 26, nº 1, p.7.

ASPLANDE, *Incubadora de Negócios Sociais: Impacta Mulher,* Disponible en <http://impactamulher.org.br/wp-content/uploads/2020/01/relatorio-primeira-rodada-de-pitch-e-intercambio-com-depoimentos.pdf>, Acceso en enero 2021.

ASPLANDE, *Mulheres em Rede: Retrato de Clarice Seixas,* Disponible en Web <http://mulheresnarede.org.br/portal/index.php/2020/07/27/retrato-de-clarice-seixas/>, Acceso en enero 2021.

BALAGUER, M.L., "El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos", *Revista IgualdadES,* 2019, vol 1, p. 39.

BARBOSA, F., *Estudio para el conocimiento y caracterización de la comunidad africana y afrodescendiente,* Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Ministerio de Inclusión, seguridad social y migraciones, p. 46.

BBVA - BBVA Research, *Diversidad de género y Formación,* Disponible en <https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2020/12/BBVA-Research-Diversidad-de-genero-y-formacion_Dic20.pdf>, Acceso en enero 2021.

CAPASSO, V., "Negra, favelada, lesbiana y feminista: activismo artístico y recursos estéticos en el espacio público. El caso de Marielle Franco*", Revista Estudos em Comunicação,* 2019, vol. 29, p. 228.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y Caribe - Organización de las Naciones Unidas), *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Disponible en <https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia-asuntos>Acceso en enero 2021.

COMISIÓN EUROPEA, *Foro económico de Bruselas 2020,* Disponible en <https://ec.europa.eu/economy_finance/bef2020/>, Acceso en enero 2021.

COMISIÓN EUROPEA, *Un Pacto Verde Europeo,* Disponible en <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es>, Acceso en enero 2021.

COMISIÓN FEMINISTA 8 DE MARZO, *Manifiesto de la Comisión Feminista*, Disponible en: <https://hacialahuelgafeminista.org/wp-content/uploads/2019/03/Manifiesto-8M-2019.pdf>, Acceso en enero 2021.

CRENSHAW, K., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics.* Chicago, University of Chicago Legal Forum, 1989, p. 140.

EFEVerde, *La OMS asocia la pandemia al cambio climático: "era cuestión de tiempo*, Disponible en <https://www.efeverde.com/noticias/oms-asocia-pandemia-cambio-climatico-cuestion-tiempo/>, Acceso en enero 2021.

EIGE (Instituto Europeo de la Igualdad de Género), *Covid-19 and gender-based violence: Has the pandemic taught us anything?*, Disponible en <https://eige.europa.eu/news/covid-19-and-gender-based-violence-has-pandemic-taught-us-anything>, Acceso en enero 2021.

EIGE (Instituto Europeo de la Igualdad de Género), *Covid-19 wave of violence against women shows EU countries still lack proper safeguards,* Disponible en <https://eige.europa.eu/news/covid-19-wave-violence-against-women-shows-eu-countries-still-lack-proper-safeguards>, Acceso en enero 2021.

EIGE (Instituto Europeo de la Igualdad de Género), *Glossario: Interseccionalidad*, Disponible en <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1263?lang=es>, Acceso en enero 2021.

FARIAS, S., "As cotas raciais como política de ação afirmativa para a equidade de acceso ao ensino superior", *Research, Society and Development,* 2019, vol. 8, nº 12, p. 9.

IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, Tabela 262 - População residente, por cor ou raça, situação e sexo,* Disponible en: <https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/262#resultado>, Acceso en enero 2021.

MARTINO, D., "Deforestación en la Amazonía: principales factores de presión y perspectivas", *Revista del Sur,* 2007, nº 19, p. 7.

MATIQUIRA, *Quem somos,* Disponible en: <http://www.mantiquira.com.br/?fbclid=IwAR0I6knONzEj6dxTlVHvJV3L4bqtR1mXvlPhscODLmqDicLLseYS4afQ84g#sobre>, Acceso en enero 2021.

MIMOS NATURAIS, *Quem somos,* Disponible en: <https://www.mimosnaturais.com.br/quem-somos/>, Acceso en enero 2021.

Ministerio de Inclusión, seguridad social y migraciones, *Decimotercer informe periódico presentado por España en 1995 ante el Comité CERD,* páginas 15.

PEREIRA, S., y RAMBLA, X., "Desigualdad racial en Brasil: la realidad desmiente el mito", *Revista mexicana de sociología,* 2007, vol. 69, nº 3, p. 403.

ROMERO, T., *La deforestación del Amazonas*, Disponible en <https://elordenmundial.com/la-deforestacion-amazonica/>, Acceso en: enero 2021.

SOCIAL STARTERS, *Social Impact Incubator Report,* Disponible en <https://media-exp1.licdn.com/dms/document/C4D2DAQGIKGXQxhxDZw/profile-treasury-document-pdf-analyzed/0/1602600187551?e=1611514800&v=beta&t=ghR24MQMVHfpllkFg4DiK8y8yJVCKfKY7Xxpb3FfnI8>, Acceso en enero 2021.

VARELA, N., *Feminismo para principiantes*. Barcelona, Penguin Random House, 2018, pg 56.

VISÃO DO BEM, *Que somos,* Disponible en: <https://relacionamentovisa.wixsite.com/visaodobem>, Acceso en enero 2021.

TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO: desafios do Projeto de Lei nº 3.887/20 e a experiência europeia no tocante à responsabilidade tributária e ao modelo de tributação

Daniel Luiz Simioni Filho
Universidade Federal do Paraná
bacharel pela Faculdade de Direito, Curitiba, Brasil
danielsimioni12@gmail.com.br

Jeferson Teodorovicz
Universidade Católica de Brasília
professor permanente do Programa de Mestrado em Direito, Brasília
jeferson.teodorovicz@yahoo.com.br

Victor Guilherme Esteche Filho
Universidade Federal do Paraná
acadêmico da Faculdade de Direito, Curitiba, Brasil
victorgesteche@gmail.com

Resumo: Com a finalidade de se adaptar às novas transações comerciais decorrentes da economia digital, principalmente acerca das regras de tributação, o Conselho da União Europeia já promulgou diversas normas específicas a tais situações, trazendo novas hipóteses de incidência do imposto sobre o valor acrescentado ou agregado (IVA) na medida em que foram se expandindo a gama de bens e serviços comercializados neste ambiente e os agentes envolvidos nestas operações, dentre os quais se destacam os intermediadores, em especial para as operações *business-to-consumer* ("B2C") realizadas pela internet. No Brasil, a implementação de regras neste sentido ganhou espaço recentemente com o debate sobre a reforma tributária, destacando-se, entre os projetos de reforma, o Projeto de Lei nº 3887/20, primeira de quatro etapas desta iniciativa do governo federal e com o qual se pretende estabelecer a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS). Contudo, da análise do Projeto, verifica-se que este tem o potencial de, caso aprovado, mostrar-se ineficaz, em razão de uma série de potenciais incompatibilidades com as normas constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro, o que pode torná-lo suscetível de diversos questionamentos judiciais. Deste modo, pretende-se, a partir da análise do PL nº 3.887/20, e considerando recentes contribuições doutrinárias e estudos técnicos sobre o tema no Brasil, expor os possíveis vícios ou peculiaridades do referido Projeto de Lei com relação às regras e princípios atualmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento, a partir da análise das normas que regem o assunto na União Europeia, procurou identificar-se possíveis pontos de diálogo,

em investigação comparativa, que possam viabilizar, no Brasil, a superação dos óbices jurídicos existentes para a implementação das regras de tributação no comércio eletrônico.

Palavras-chave: Tributação no comércio eletrônico. Operações *business-to-consumer* ("B2C"). Reforma tributária no Brasil. Projeto de Lei nº 3887/20. Diretivas do Conselho da União Europeia.

Abstract: With goals to adapt itself to the new trade transactions originated from digital economy, mainly on the rules of taxation, the Council of European Union has already enacted several rules which are specific to those situations, bringing new hypothesis of tax incidences of the value added tax (VAT) as it was expanding the range of goods and services that has been traded in this virtual environment and the agents involved in those operations. Among those are the intermediaries, especially on *business-to-consumer* ("B2C") operations, which are dealt through the internet. In Brazil, the implementation of such rules has gained space recently with the debate about tax reform, standing out, among others projects of reform, the Bill 3887/20, this being the first of four stages in this federal government initiative which aims to establish a Goods and Services Contribution. However, analyzing this Bill, it is able to see its potential of, being it approved, reveal itself as ineffective, due to a series of potential incompatibilities with the rules set in Brazilian law, which in turn can make it susceptible of several judicial questionings. That way, we aim to, starting with an analysis of Bill 3887/20 and considering recent contributions from legal doctrine and technical studies about it in Brazil, expose its main problems and peculiarities when compared with the current rules and principles from Brazilian law. Afterwards, making an analysis of the rules which regulate this subject in European Union, we searched for possible dialogue points, with comparative investigation, that could make viable, in Brazil, the trespass of those obstacles that exist towards the implementation of taxation rules in e-commerce.

Key-Words: Taxation in e-commerce. *Business-to-consumer* ("B2C") operations. Tax reform in Brazil. Bill 3887/20. European Union Council Directives.

INTRODUÇÃO

A economia digital ao longo das últimas duas décadas vem apresentando crescimento palpável em virtude da proliferação do acesso à tecnologia no mundo, o que permite o acesso ao espaço digital e à economia que tal espaço proporciona.

Assim, os serviços e bens digitais se encontram na base formadora da economia digital, que dispõe de um amplo leque de operações, tais como o comércio eletrônico direto ou indireto, serviços de pagamento, *app stores* e

propagandas online, dentre outros modelos de serviços que envolvem a disponibilização de bens tangíveis ou intangíveis.

Nesse contexto, os sistemas tributários ao redor do mundo têm enfrentado dificuldades na tributação da economia digital, por ausência de previsão legal específica, empecilhos no enquadramento técnico das operações, bem como uma rusga nos conceitos fiscais moldados nos sistemas jurídico-tributários elaborados no século XX e, por fim, percebe-se a erosão da base de cálculo das operações em razão desse despreparo dos Estados quanto à tributação da economia digital.

Assim, debates entre as nações nos órgãos mundiais foram realizados, tais como na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e na União Europeia (EU), que resultaram em diretrizes cujo objetivo é se aproximar de um modo ideal de tributação da economia digital, vide a Ação 1 do BEPS, a Diretiva 2008/8/CE e a Diretiva 2006/112/CE da UE.

Diante desses esforços, no Brasil é discutida a reforma tributária que, dentre seus objetivos, vislumbra meios de tributação da economia digital. O Projeto de Lei nº 3.887/20, apresentado pelo governo federal, pode ser a primeira etapa para a reforma tributária caso seja aprovado pelo Poder Legislativo.

O PL visa a instituição da Contribuição Sobre Bens e Serviços (CBS), tributo federal, que segue o modelo de tributação de um imposto sobre valor agregado ou acrescentado (IVA). Porém, tal tributo apresenta em seu projeto uma série de potenciais incompatibilidades com o sistema jurídico brasileiro, o que pode gerar insegurança jurídica e alavancar os números de litígios no já assoberbado Poder Judiciário do país.

Uma vez necessária a análise do tributo apresentado na PL 3.887/20 para se constatar sua convergência com as regras e princípios vigentes no país, a estreia na tributação da economia digital na forma que se propõe – enquanto contribuição social, visto que os estados-membros e municípios reiteradamente intentam tributar a economia digital, tema que alastra o debate sobre o conflito de competência dos entes federados – é um componente que deve ser visto em conjunto e destrinchado à parte, pela sua importância de matéria novel e mundial.

Para tanto, os exemplos da OCDE e da UE, órgãos que já trataram do assunto, surgem enquanto referenciais analíticos conceituais e funcionais, tendo em vista que o impacto da tributação do Mercado Único Digital pode reverberar,

pela sua natureza global, em mercados que se relacionam com o mercado brasileiro, o que, consequentemente, impacta a economia pátria.

Portanto, o presente artigo se propõe a fazer um panorama sobre a CBS proposta no PL 3.887/20, desde a análise sobre a constitucionalidade formal da pretensa lei, isto é, se a forma como é apresentada é correta e alinhada com o ordenamento jurídico brasileiro, até a exposição de pontos sobre a constitucionalidade material, ou seja, se o conteúdo do tributo é hígido frente às determinações constitucionais e infraconstitucionais.

Neste bojo se encontra a análise da figura do intermediador, crucial nesta entrada fiscal no âmbito do comércio eletrônico, precisamente sobre a possibilidade de responsabilizá-lo pelo recolhimento fiscal sob o ponto de vista do arcabouço legal e jurisprudencial vigente.

Por outro lado, passa-se a análise de como a União Europeia trabalha a tributação indireta do comércio eletrônico, em que se busca explicitar as medidas tomadas pela UE a fim de viabilizar a efetividade e eficácia do recolhimento do IVA. Outrossim, qual foi o tratamento dado ao intermediador neste contexto.

Por fim, pretende-se analisar se a experiência da União Europeia na tributação indireta do comércio eletrônico se dá de forma gradual, ao passo que ainda se renova e expande, de modo a colher bons frutos. Desta forma, o diálogo pela observação das implementações e acertos europeus acerca do tema é necessário a fim de se vislumbrar meios de suprir eventuais lacunas existentes no PL 3.887/20 em termos formais e materiais.

1. O PL Nº 3887/20, A CONTRIBUIÇÃO SOBRE BENS E SERVIÇOS E O PRIMEIRO OBSTÁCULO

O Projeto de Lei nº 3.887/20, encaminhado ao Congresso Brasileiro no dia 21 de julho de 2019 pelo ministro da economia, Paulo Guedes, representa a primeira etapa de um dos planos de reforma tributária atualmente em trâmite no legislativo do país.

Referido projeto trata da proposta de instituição, no sistema tributário brasileiro, da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), tributo federal que visa substituir outros dois tributos federais: a Contribuição ao PIS/Pasep e a Cofins, encontrando-se em trâmite na Câmara dos Deputados até o fechamento do presente trabalho (janeiro de 2021).

Da análise do PL nº 3.887/20, percebe-se que o governo procura a implementação de um tributo sobre valor agregado por meio da criação da CBS. Nota-se a aplicação do que é comum nos modelos de tributação sobre o valor agregado ao redor do mundo: a instituição de um imposto indireto, cujo critério material é a operação jurídica de bens e serviços em sentido amplo, com regime de apuração não-cumulativo.

Isto também pode ser confirmado da própria leitura da exposição de motivos do Projeto de Lei: "Mediante a utilização da técnica de tributação do valor adicionado, essa nova legislação garante neutralidade, alinhamento internacional, simplificação e transparência na tributação do consumo." (BRASIL, 2020).

Outro ponto abordado pelo mencionado projeto é a tributação do comércio eletrônico, uma vez que a exposição de motivos também estabelece que "As disposições da CBS também seguem as recomendações da OCDE no que se refere à adequação do sistema de tributação do consumo à economia digital", em especial àquelas recomendações contidas na Ação 1 do BEPS (BRASIL, 2020).

Ocorre que, a partir de uma análise detida do texto do Projeto de Lei, logo verificam-se certas incompatibilidades jurídicas deste com o ordenamento jurídico brasileiro, conforme passa-se a apresentar.

A primeira potencial discrepância que se observa diz respeito à base de cálculo da CBS a partir da definição de sua espécie tributária. Com base no artigo 1º do PL nº 3.887/20, observa-se que a CBS, tal como se pretende instituir, seria uma contribuição social. Consequentemente, sua disciplina no texto constitucional se baseia nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal.

O parágrafo único do artigo 1º do PL nº 3.887/20 estabelece que "A CBS incide sobre as operações com bens e serviços", enquanto o artigo 61 dispõe que também incidirá "sobre a importação de bens e de serviços do exterior".

Ocorre que o artigo 2º no seu *caput*, estabelece que "A CBS incide sobre o auferimento da receita bruta" e, no seu parágrafo primeiro, que ela incide "sobre as receitas decorrentes de acréscimos à receita bruta de que trata o caput, tais como multas e encargos".

Assim, observa-se de início uma aparente contradição: a materialidade do tributo é realizar operações com bens e serviços ou obter receita?

Merece destaque, neste ponto, o fato de que a "receita bruta" é uma possível materialidade das contribuições sociais prevista expressamente no texto

constitucional, vide os arts. 149, III, "a", e 195, I, "b", da Carta Magna brasileira. Contudo, o mesmo não pode se falar, necessariamente, do "valor das operações com bens e serviços".

Não fosse somente isso, destaca-se que, para o sistema constitucional tributário brasileiro, a materialidade de operações com bens é de competência dos estados (artigo 155, II, da CRFB), enquanto a materialidade de operações com serviços é de competência dos estados ou dos municípios, a depender do caso (arts. 155, II, e 156, III, da CRFB), razão pela qual a instituição de um tributo sobre tais materialidades, sem mudança no texto constitucional, também acarretará problemas.

Acerca das potenciais contradições na materialidade da CBS de acordo com o PL nº 3.887/20, vejam-se comentários recentes veiculados na imprensa especializada:

> Além de apresentar uma base conceitual controvertida, ao pretender estabelecer uma contribuição sobre operações no mercado interno com bens e serviços, pode ser levantado o argumento de que o PL 3.887 se afastou da competência estabelecida pela Constituição Federal, no art. 195, I, "b", que prevê a possibilidade de instituições de contribuições sociais sobre "receita" ou "faturamento".
>
> A questão que se coloca aqui não é meramente de opção legislativa. As contribuições sociais sobre receita ou faturamento não incidem sobre "operações circulatórias", mas sim sobre a receita ou o faturamento da empresa.
>
> Trata-se de tributos diretos, não daqueles apontados como juridicamente indiretos. Baseiam-se na capacidade de contribuir da empresa, não tendo como foco atingir a capacidade econômica do consumidor – de uma perspectiva jurídica.
>
> Em seguida, o art. 2º define como fato gerador da CBS o "auferimento da receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77". Claramente a redação do art. 2º teve por objetivo enquadrar a CBS na materialidade do já referido art. 195, I, "b" da Constituição Federal, já que, como visto, a União Federal não tem competência para instituir uma contribuição sobre operações com bens e serviços no mercado interno (...)
>
> A conclusão é a de que, no caso do mercado interno, o art. 1º parece não ter qualquer utilidade e só vai criar mais confusão interpretativa e margem para contencioso (BARROS, 2020).
>
> O ponto é que a CBS tem um campo de incidência delineado por essa competência constitucional. Em suma, o legislador deve olhar para a "receita" ou para o "faturamento" da empresa na hora de desenhar e propor

> a base da tributação. Mas, ao mesmo tempo, a CBS se propõe a fazer o papel de algo como um Imposto sobre Valor Agregado (IVA) federal. Ocorre que, no caso dos IVAs, os olhos do legislador estão normalmente voltados para a operação em que há fornecimento de bens e serviços para o consumo e é a partir dessa ótica que a tributação é pensada.
>
> Embora possa haver alguns pontos de contato entre essas imagens, porque a venda de bens e a prestação de serviços geram receitas e integram o faturamento, há uma infinidade de outras situações em que "receita" e "operação" estão em dimensões distintas (BECHARA, GÂNDARA, 2020).

Sendo assim, pode-se verificar com clareza um primeiro obstáculo presente na proposta de reforma tributária a ser consolidada pelo Projeto de Lei nº 3.887/20, correspondente à sua materialidade.

2. O SEGUNDO OBSTÁCULO: RESPONSABILIZAÇÃO DOS INTERMEDIADORES NO BRASIL

Outro ponto sensível do PL nº 3.887/20, é a previsão expressa da possibilidade de atribuição de responsabilidade tributária às plataformas digitais intermediadoras das operações (internas ou de importação) que envolvam bens e serviços. Vejam-se, neste sentido, as previsões dos arts. 5º, 6º, 65, V, e 72, II, do Projeto de Lei:

> Art. 5º As plataformas digitais são responsáveis pelo recolhimento da CBS incidente sobre a operação realizada por seu intermédio nas hipóteses em que a pessoa jurídica vendedora não registre a operação mediante a emissão de documento fiscal eletrônico.
>
> Art. 6º Para fins desta Lei, considera-se plataforma digital qualquer pessoa jurídica que atue como intermediária entre fornecedores e adquirentes nas operações de vendas de bens e serviços de forma não presencial, inclusive na comercialização realizada por meios eletrônicos. (...)
>
> Art. 65. São responsáveis solidários pelo recolhimento da CBS incidente sobre a importação de bens, inclusive dos acréscimos e das penalidades cabíveis: (...)
>
> V - as plataformas digitais a que se refere o art. 6º domiciliadas no exterior, em relação às operações realizadas por seu intermédio. (...)
>
> Art. 72. São responsáveis pelo recolhimento da CBS incidente sobre a importação de serviços realizada por pessoa natural: (...)
>
> II - as plataformas digitais a que se refere o art. 6º domiciliadas no exterior, em relação às operações realizadas por seu intermédio (BRASIL, 2020).

Embora se tenha a ideia de atribuir maior efetividade na arrecadação (como será melhor observado adiante), é bastante questionável a constitucionalidade de tais previsões.

Isto porque o Projeto de Lei nº 3.887/20 almeja inserir no ordenamento brasileiro, por meio de uma lei ordinária, previsões inéditas de responsabilidade tributária. Tão somente com base nesta premissa, pode-se alegar desde já a inconstitucionalidade formal de tais dispositivos. Isto porque o artigo 146, III, "a", da Carta Magna brasileira atribui expressamente a outro tipo de norma (lei complementar) a tarefa de, sendo o caso, positivar espécies de responsabilidade tributária. Sendo feita tal tarefa por meio de uma lei ordinária, é evidente tratar-se de norma inconstitucional.

Não fosse somente isso, veja-se que as previsões de responsabilidade tributária, no ordenamento jurídico brasileiro, têm como matriz as previsões do Código Tributário Nacional (CTN), o qual, embora publicado como lei ordinária em 1966, foi recepcionado materialmente como lei complementar pela Constituição Federal de 1988 (artigo 34, §5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Quanto à responsabilidade tributária de terceiro, os artigos 134 e 135 do CTN elencam expressamente quem serão os possíveis terceiros responsáveis tributários no ordenamento brasileiro:

> Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
>
> I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
>
> II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
>
> III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
>
> IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
>
> V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
>
> VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
>
> VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. (...)

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> I - as pessoas referidas no artigo anterior;
>
> II - os mandatários, prepostos e empregados;
>
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 1966).

Da leitura atenta dos dispositivos acima, conclui-se que, atualmente, o Código Tributário Nacional não prevê qualquer figura em que possam se amoldar os intermediadores para fins de sua atribuição de responsabilidade como terceiro, motivo pelo qual as previsões do PL nº 3.887/20 são incompatíveis com as regras já estabelecidas para tanto. Eventual mudança neste cenário, como já dito, só poderia ser feita por meio de lei complementar.

Por outro lado, a previsão de solidariedade na relação jurídica tributária também vem no CTN, mais especificamente no artigo 124. Referido dispositivo discorre que são obrigados solidariamente: "as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" (inciso I) ou "as pessoas expressamente designadas por lei" (inciso II).

Neste ponto, pode-se verificar que, de igual modo, as previsões de solidariedade na obrigação tributária trazidas no PL nº 3.887/20 destoam das normas já positivadas no ordenamento jurídico brasileiro para tanto – quais sejam, aquelas do artigo 124 do CTN – sobre o que serão acrescentados mais alguns comentários.

Primeiramente, quanto à (in)existência de "interesse comum" capaz de ensejar a solidariedade do intermediador envolvido nas operações com bens e serviços, pode-se destacar o entendimento judicial já consolidado no ordenamento brasileiro, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca de o que seria este "interesse comum" a que se refere o inciso I do artigo 124 do CTN.

Dentre os vários julgados já realizados por aquela Corte em que o "interesse comum" trazido no Código Tributário Nacional foi objeto de análise, destacam-se alguns pontos que aparecem na grande maioria destes, representando, em tese, o entendimento do Tribunal.

O primeiro que se ressalta é o que, para o STJ, interesse comum "refere-se às pessoas que se encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica ensejadora da exação" (BRASIL (STJ), 2018). A partir desta

conceituação, logo se vê não haver interesse comum para os intermediadores do comércio de bens e serviços nestas situações, posto que estes, de modo algum, se encontram no mesmo polo da relação jurídica em que se situa o vendedor do bem ou serviço.

Outro ponto frequentemente trazido nos julgados do STJ sobre a matéria, inclusive relacionado com o ponto trazido acima, diz respeito ao interesse comum do artigo 124, I, do CTN ser um interesse jurídico, presente quando há "atuação simultânea e conjunta de mais de uma pessoa na anterior situação configuradora do próprio fato gerador" (BRASIL (STJ), 2019). É cristalino que, nas situações envolvendo a venda de bens e serviços por intermediadores, estes não atuam em conjunto com os vendedores, motivo pelo qual também não se observa interesse comum com base em tal fundamento.

Não fosse somente isso, os tribunais superiores brasileiros já afirmaram, em reiteradas vezes, que para que se estabeleça responsabilidade é necessário obedecer às hipóteses previstas em lei complementar para tanto (quais sejam, as previstas nos arts. 134 e 135 do código tributário, nas quais não se enquadram em hipótese alguma os intermediadores), e que para que se estabeleça solidariedade é necessário "interesse comum", traduzido em interesse jurídico sobre a obrigação, e não mero interesse econômico (caso dos intermediadores).

Passa-se agora a tecer breves considerações acerca do inciso II do artigo 124 do CTN, que prevê a solidariedade entre "pessoas expressamente designadas por lei". Cumpre destacar que referida previsão, "embora aparente conferir uma plena liberdade ao legislador, deve ser aplicada com parcimônia e apenas em situações que permitam a criação de regras de solidariedade" (BARROS, 2020).

Neste sentido também parece entender o STJ. Isto porque, precedentes daquela corte confirmam que a instituição de responsabilidade tributária pelo legislador ordinário não pode se apoiar exclusivamente na autorização de referido dispositivo, devendo-se harmonizar com as demais previsões do CTN sobre responsabilidade tributária, pois, "nos termos do artigo 146, inciso III, "b", da Constituição Federal, as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar" (BRASIL (STJ), 2011).

Portanto, vê-se que a proposta de instituição de responsabilidade de terceiros e de solidariedade trazidas pelo PL nº 3.887/20 representa outro problema com elevado potencial de, na prática, dificultar as operações com bens e serviços, em específico nas operações com intermediadores, cada vez mais

frequentes na economia digital, em razão da franca possibilidade de questionamento judicial no caso destes intermediadores serem intimados a recolher eventuais valores que deixaram de ser recolhidos pelos vendedores destes bens ou serviços.

3. O PL Nº 3.887/20 E O MODELO DE TRIBUTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA UNIÃO EUROPEIA

Até o presente capítulo a análise foi direcionada ao PL nº 3.887/20 mediante a exposição de características gerais da CBS, bem como foram delineadas as incongruências deste tributo, seja no aspecto formal – qual seja, a via inadequada eleita pelos propositores do tributo – seja no sentido material, que perpassa pelos descompassos do critério material – se a contribuição incide sobre operações com bens e serviços ou sobre o a renda bruta.

Em seguida, fora abordada a previsão de responsabilização tributária das plataformas digitais intermediadoras em casos em que o recolhimento não é feito por agente que constitui a relação jurídica, conforme dispõe a CBS.

Em conjunto, foi elencado o tratamento legal e jurisprudencial do Brasil sobre o tema, pelos quais se entende não haver base jurídica que sustente a responsabilização dos intermediadores na economia digital no sistema tributário vigente, devendo a inovação nesse sentido seguir o rito correto, qual seja, instituir a responsabilidade tributária da plataforma digital intermediadora por lei complementar.

Portanto, da análise do PL nº 3.887/20, percebe-se que este possui potencial demasiado litigioso, em razão das dissonâncias nos aspectos formal e material. Outrossim, nota-se que o projeto parece não desenvolver, seja na letra da lei ou em suas motivações, o tema da tributação do comércio eletrônico com a devida profundidade.

Em razão disso, propõe-se a observar o funcionamento da tributação indireta do comércio eletrônico na União Europeia, visto que já foi implementada e colheu bons frutos, muito embora não seja perfeita e esteja sob processo de aperfeiçoamento, naturalmente. Assim, o paralelo a ser traçado com o Brasil surge a partir do entendimento das práticas estabelecidas que permitiram a atuação fiscal nessa seara.

Ato contínuo, para a melhor análise das medidas relacionadas ao comércio eletrônico é necessário observar que este pode ser feito de modo direto ou indireto. O primeiro consiste na prestação de serviços eletrônicos ou comercialização de bens intangíveis que se locupletam no meio digital, um exemplo disso seriam produtos adquiridos por *download*. Já o comércio eletrônico indireto corresponde às operações de compra e venda que são realizadas pela *internet,* mas se completam mediante a entrega física do produto.

Nesse sentido, o PL nº 3.887/20 aponta para a tributação de ambas as mencionadas modalidades de comércio eletrônico, tanto a indireta quanto a direta. Acerca da tributação do comércio eletrônico direto, o PL apresenta, no item 16 de suas motivações, ciência do debate internacional acerca do tema e aponta pontos de consonância entre o projeto e as recomendações da OCDE no relatório da Ação 1 emitida no Plano BEPS, veja-se:

> 16. As disposições da CBS também seguem as recomendações da OCDE no que se refere à adequação do sistema de tributação do consumo à economia digital. Em 2015, o relatório do Action 1 do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) ressaltou que mesmo com as dificuldades das administrações tributárias em cobrar o imposto sobre valor adicionado nas transações internacionais B2C (Business to Consumer), o princípio do destino deveria ser mantido, a fim de manter a neutralidade nas transações entre países. Assim, ficou mantida a tributação incidente na importação realizada por não contribuinte, sendo a responsabilidade pelo recolhimento atribuída aos fornecedores estrangeiros (origem). Essa medida vem acompanhada da diretriz de simplicidade para a inscrição das plataformas digitais ou outros fornecedores de serviços e intangíveis no Brasil (BRASIL, 2020).

Sem dúvida, a manutenção do princípio do destino está em conformidade com as orientações contidas na Ação 1 do BEPS. Outra diretriz interessante a ser seguida é a inscrição das plataformas digitais em sistemas digitais de controle fiscal, prática esta que a UE tem experiência bastante positiva, da qual o fisco brasileiro pode se espelhar.

A Comissão da União Europeia acompanha o desenvolvimento do comércio eletrônico desde o seu início, e reconhece as dificuldades atinentes a essa evolução, sob o entendimento que a tributação pelo IVA para o meio digital deve ser igual à tributação feita nos meios convencionais. Esse entendimento está plenamente de acordo com a natureza tributária do IVA, visto que é um imposto que incide sobre o consumo em sentido verdadeiramente amplo, o que facilita a transposição para o âmbito digital (TESTA, 2017, p. 7).

Assim, a União Europeia tomou uma série de medidas para adaptar a tributação para o meio digital. Cabe mencionar, dentre as mais relevantes, a introdução de provisões específicas para os serviços eletrônicos em 2002 (UNIÃO EUROPEIA, 2002), bem como a mudança de regras relativas à tributação de serviços de telecomunicações, radiofusão e serviços digitais (UNIÃO EUROPEIA, 2008). Nesse sentido, o maior empecilho para a tributação indireta da economia digital se encontra na operacionalização acessível, eficiente e efetiva do recolhimento do IVA.

Inicialmente, a fim de buscar uma solução para a tributação, a União Europeia fez experimentos que utilizaram a via eletrônica para a tributação do comércio eletrônico de serviços e intangíveis. Notadamente, houve a criação do regime especial pela Diretiva n. 38/2002 aos quais prestadores de serviços de radiofusão, televisão e serviços eletrônicos puderam aderir, sendo válido apenas para países integrantes da União.

A experiência teve bons resultados e assim a Diretiva CE nº 8 de 2008, que passou a produzir efeitos a partir do início de 2015, expandiu o mencionado regime especial criando o chamado *Mini One-Stop-Shop* – MOSS, ou minibalcão único do IVA. Essa iniciativa estabelece um regime único de pagamento e registro do IVA para empresas que prestam serviços de telecomunicações, radiofusão ou comércio eletrônico de serviços e intangíveis em operações *Business to Consumer* (B2C), isto é, operações entre empresa e consumidor, válido tanto para países tanto da União quanto para Estados extra-União, tendo o procedimento peculiar para grupo, mas essencialmente igual.

Na prática, o MOSS permite que os países se registrem em apenas um país membro da UE e, mesmo assim, possam recolher o imposto devido a outros Estados. Além disso, o regime opcional digital possibilita a apresentação de declaração do imposto devido a quaisquer países-membros em que se localizam seus consumidores. Vale destacar que o MOSS é aplicável somente nas operações B2C de modo que a tributação de operações *Business to Business* (B2B) – ou seja, transações entre empresas – é feita por substituição tributária, modo bastante simples de arrecadação (DERZI; ESTANISLAU, 2018, p. 822).

Nesse sentido, outro ponto valioso que se observa das diretrizes exaladas pela União Europeia é a definição dos serviços que são abrangidos pela tributação indireta do IVA no esquema MOSS, quais sejam:

- alojamento de sítios

- fornecimento de «*software*»
- acesso a bases de dados
- descarregamento de aplicações ou música
- jogos em linha
- ensino à distância (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

Isto permite clareza com relação à materialidade do tributo num contexto de abordagem de um novo espaço, tal instrução e definição mais detalhada evita a confusão fiscal no momento do recolhimento e freia as intenções do fisco, que tende a expandir o critério material a fim de alargar as receitas.

A implementação do sistema MOSS foi vista como um marco importante pela Comissão Europeia e por grande maioria dos Estados-Membros da UE. O resultado da aplicação do sistema MOSS é expressivo: apenas em 2015 significou o recolhimento de 3 bilhões de euros a título de receitas de IVA. Assim, os bons números e a boa avaliação do sistema levaram a UE a consideram a ampliação do MOSS para que também seja utilizado nas operações com bens tangíveis (DELOITTE, 2016).

Deste modo, em dezembro de 2017 o Conselho optou por expandir a simplificação trazida pelo sistema MOSS – que apenas era opção dada aos fornecedores dos serviços de telecomunicação, radiofusão e serviços eletrônicos (TBE) – para incluir, também, operações de compra e venda entre partes residentes na União Europeia e entre residentes na UE e países terceiros e outros serviços digitais que não somente os TBE. Tal medida foi batizada como "o pacote IVA *e-commerce*" e busca facilitar a tributação do comércio eletrônico indireto e expandir a tributação do comércio eletrônico direto, além de combater a fraude e assegurar uma competitividade justa para os negócios da UE.

Portanto, pode-se concluir que a eficiente abordagem tributária do comércio eletrônico a partir do IVA europeu se deu pela existência de um sistema tributário eloquente já nos meios convencionais. O IVA é um imposto generalista que não apresenta maiores problemas relacionados ao enquadramento do critério material das operações digitais, exatamente por ter definições claras que através da adaptação legal permitem esse sucesso.

Adiante, foram tomadas medidas para tornar a arrecadação mais eficaz, como a criação do sistema MOSS, que simplifica os processos contábeis de modo a adaptar o fisco europeu à nova realidade das transações digitais.

Por outro lado, o sistema tributário brasileiro de antemão não apresenta essa estrutura escorreita do sistema europeu. O escopo do artigo se retém à proposta do PL 3.887, mas é de conhecimento geral os problemas relativos à complexidade exacerbada do sistema tributário brasileiro. Por essa razão, a tributação no âmbito digital se apresenta como uma dificuldade ainda maior. Os debates de competência para a tributação do comércio eletrônico estão em voga no país, bem como a reforma tributária. Assim, a CBS se apresenta como uma tentativa válida de tributação da economia digital, muito embora apresente os obstáculos tratados nos capítulos anteriores. Também, para conceder eficácia ao fisco, a experiência de operacionalização do recolhimento visto na União Europeia é um grande exemplo a ser observado e adaptado ao contexto pátrio.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DOS INTERMEDIADORES NA UNIÃO EUROPEIA E AS LIÇÕES PARA O CASO BRASILEIRO

A figura dos intermediadores nas operações da economia digital é muito comum. Os intermediadores são aqueles que permitem ou facilitam transações entre terceiros na internet. Eles dão acesso ao fornecedor, podem transacionar conteúdos, produtos ou serviços originados por terceiros na internet ou fornecer serviços na internet para terceiros (OCDE, 2010).

A importância da responsabilização do intermediador, principalmente no âmbito da economia digital, se dá pela existência de longas cadeias de intermediadores entre o fornecedor e o consumidor.

Dessa maneira, tendo em vista que a alíquota do IVA será aplicada no destino, o último intermediador que entrega o serviço/bem para o consumidor tem uma facilidade maior para determinar a localização do consumidor para fins do IVA.

Inicialmente, a figura dos intermediadores é prevista nos artigo 14(2)(c) e no artigo 28 da Diretiva 2006/112/EC, o primeiro prevê a possibilidade de se tributar relações contratuais com agentes comissionados, já o segundo estabelece: "Quando um sujeito passivo participe numa prestação de serviços agindo em seu nome mas por conta de outrem, considera-se que recebeu e forneceu pessoalmente os serviços em questão" (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Assim, a partir dos dois dispositivos mencionados, é criada uma ficção jurídica que permite a responsabilização tributária do intermediador em

determinados casos, tornando-o fornecedor presumido, a não ser que os participantes da cadeia refutem essa responsabilidade por meio de disposições contratuais, por exemplo, nesse caso, ela reside sobre o fornecedor original.

Nesta linha, a União Europeia tem incluído os intermediadores no procedimento fiscal, responsabilizando-os no recolhimento de tributos em algumas situações. Nesses sistemas é vital detectar quem é o fornecedor dos serviços para o consumidor final, pois o fornecedor é o responsável por determinar o local em que o serviço está sendo prestado e, portanto, a aplicação da alíquota correta do IVA. Portanto, o intermediador pode figurar nessa função e ser considerado sujeito passivo na relação tributária (BAL, 2018, p. 1062).

Assim, a principal diferença relativa à responsabilização do intermediador no Brasil e na União Europeia, é que esta determinou a tributação do intermediador de forma correta, pois já era prevista no artigo 14(2)(c) e no artigo 28 da Diretiva 2006/112/EC e apenas foi feito um novo artigo para atribuir responsabilidade aos intermediadores em serviços eletrônicos (TESTA, 2017, p. 20).

O mencionado artigo é o 9a do Regulamento de Execução nº 282/2011, que introduz esse pressuposto que permite a imputação fiscal do intermediador em serviços digitais, pois o torna fornecedor presumido, ou seja, aquele que fornece e recebe os serviços de fato, veja-se:

> 1. Quando os serviços eletrónicos forem prestados através de uma rede de telecomunicações, de uma interface ou de um portal, por exemplo um mercado de aplicações, presume-se, para a aplicação do artigo 28.º da Diretiva 2006/112/CE, que o sujeito passivo que participa na prestação desse serviço age em seu nome, mas por conta do fornecedor do serviço eletrónico, a menos que o fornecedor do serviço seja expressamente indicado por esse sujeito passivo como sendo o prestador e tal indicação conste dos acordos contratuais celebrados entre as partes. Para se considerar que o fornecedor do serviço eletrónico é expressamente indicado pelo sujeito passivo como prestador dos serviços eletrónicos, têm de estar reunidas as seguintes condições:
>
> a) A fatura emitida ou disponibilizada por cada sujeito passivo que participe na prestação dos serviços eletrónicos tem de identificar os serviços eletrónicos e o fornecedor desses serviços eletrónicos;
>
> b) A nota de débito ou recibo emitido ou disponibilizado ao destinatário tem de identificar os serviços eletrónicos e o fornecedor desses serviços. Para efeitos do presente número, um sujeito passivo que, relativamente a uma prestação de serviços eletrónicos, aprove a cobrança ao destinatário, aprove a prestação dos serviços ou fixe os termos e condições gerais da

> prestação, não pode indicar expressamente outra pessoa como o prestador desses serviços.
>
> 2. Quando os serviços telefónicos prestados através da Internet, incluindo voz sobre o protocolo de Internet (VoIP), forem prestados através de uma rede de telecomunicações, de uma interface ou de um portal, como um mercado de aplicações, e a prestação for efetuada nas condições estabelecidas no n.º 1, é aplicável o disposto nesse número.
>
> 3. O presente artigo não é aplicável aos sujeitos passivos que só efetuem o processamento de pagamentos relativos a serviços eletrónicos ou serviços telefónicos prestados através da Internet, incluindo voz sobre o protocolo de Internet (VoIP), e não participem na prestação desses serviços eletrónicos ou serviços telefónicos (UNIÃO EUROPEIA, 2011).

Deste modo, a empresa que toma parte no fornecimento de serviços digitais age em seu próprio nome, mas representa o fornecedor desses serviços de modo a se tornar fornecedor presumido. Outrossim, cabe ressaltar, este dispositivo não pode ser aplicado, conforme o artigo acima, aos sujeitos passivos que apenas efetuem o processamento de pagamentos, assim, aplicativos de pagamento não estão aptos a serem tributados desta forma. Também, apenas provedores de internet não se enquadram na hipótese do art. 9a.

Assim, a fim de se concluir se o intermediador participa do processo de fornecimento de modo a ser tratado enquanto fornecedor presumido, a materialidade e a natureza das relações contratuais precisam ser analisadas. Nesse sentido, se houver contradições entre as cláusulas contratuais e a realidade econômica, esta deve prevalecer, em razão da aplicação do princípio da prevalência da substância sobre a forma. Além disso, a UE se atentou para estipular os pressupostos que indicam a existência de parte passível de tributação nos termos explicitados:

> – Ser o proprietário ou gestor da plataforma técnica através da qual são prestados os serviços;
>
> – Ser o responsável pela entrega efetiva;
>
> – Ser o responsável pela cobrança de pagamentos, exceto se o processo de pagamento constituir a única situação em que o sujeito passivo participa;
>
> – Controlar ou exercer influência sobre a fixação de preços;
>
> – Ser o único legalmente obrigado a emitir uma fatura IVA, um recibo ou nota de débito ao utilizador final sobre a prestação;

– Prestar apoio ou assistência aos destinatários em relação a pedidos de informação sobre o serviço ou a problemas relacionados com o mesmo.

– Exercer controlo ou influência sobre a apresentação e formato do mercado virtual (tal como lojas de aplicações e sítios Web) de modo a que a marca e a identidade do sujeito passivo sejam significativamente mais proeminentes do que as das outras pessoas envolvidas na prestação;

– Ter obrigações e responsabilidades legais em relação ao serviço prestado;

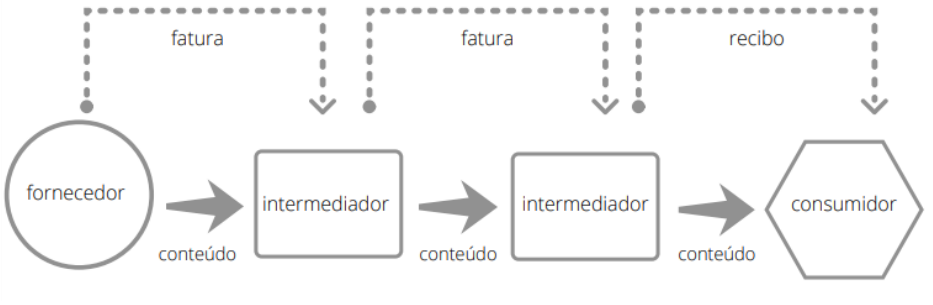
– Possuir os dados do destinatário relacionados com a prestação de serviços em questão;

– Estar em condições para efetuar uma venda sem a autorização ou aprovação prévia do fornecedor nos casos em que o fornecimento não foi devidamente recebido (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

No entanto, a tributação do intermediador deve ser afastada se este estipular junto ao fornecedor em sede contratual que a responsabilidade fiscal se resume ao último, devendo constar tal informação nos passos contábeis tomados pelo intermediador.

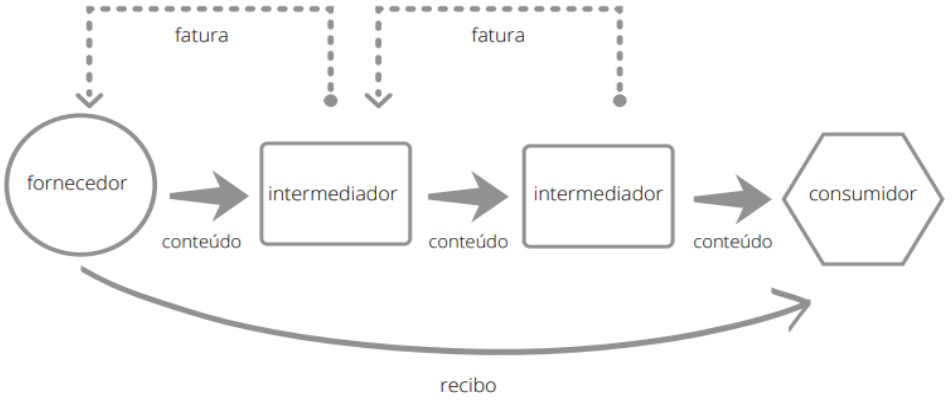
Todavia, o intermediador é responsável pelo IVA obrigatoriamente se é este quem autoriza a cobrança ao consumidor, bem como a entrega do serviço ou é aquele quem estabelece os termos gerais e condições (UNIÃO EUROPEIA 2014). Na economia digital, o que se vê é que aquele que autoriza o pagamento ou a entrega do serviço é provavelmente o mesmo que detém a plataforma digital onde os serviços são providos.

Diante do exposto, para exemplificar a importância do artigo 9a para o recolhimento fiscal, abaixo há uma hipótese de cadeia de operações em que os intermediadores se enquadram no referido artigo:



No caso acima todos os intermediadores estão sujeitos à incidência do artigo 9a da Regulação de Implementação do IVA. O primeiro intermediador recebe os serviços providos pelo fornecedor e os provê ao segundo intermediador, que por sua vez recebe os serviços e os provê ao consumidor como se fosse o próprio fornecedor, portanto é o fornecedor presumido. Não importa, para a incidência da presunção, se o consumidor comprou os serviços digitais junto ao fornecedor original, o último intermediador é o responsável pelo recolhimento do IVA, sendo possível, conforme exposto no capítulo anterior, que ele se inscreva no sistema MOSS a fim de facilitar os procedimentos declaratórios e contábeis (TESTA, 2017, p. 22).

No próximo exemplo, não há a incidência do artigo 9a, veja-se:



O gráfico acima demonstra uma situação em que os intermediadores refutaram a presunção de fornecedor. Assim, o fornecedor é responsável pelo recolhimento do IVA relativo à prestação do serviço digital, o que significa que o fornecedor deve apontar a localização do consumidor para fins do cálculo do IVA. Tal tarefa pode ser dificultada pelo número de intermediadores na cadeia, que, quanto maior, mais difícil é para o fornecedor original manter o controle – mediante a obtenção de informações confiáveis – do local onde ocorrem a prestações de serviço e vendas (TESTA, 2017, p. 23).

Assim, explica-se como a responsabilização do intermediador no comércio eletrônico direto está sendo feita na União Europeia. No que tange ao comércio eletrônico indireto, cumpre destacar que, recentemente, a Diretiva

2006/112/CE passou por alterações para que fossem incluídas disposições específicas à possibilidade de responsabilização desses agentes em determinadas situações. Referidas alterações foram trazidas pela Diretiva 2017/2455/CE, a qual incluiu o artigo 14a na Diretiva de 2006, com a seguinte previsão:

> 1. Se um sujeito passivo facilitar, mediante a utilização de uma interface eletrónica como, por exemplo, um mercado, uma plataforma, um portal ou meios similares, vendas à distância de bens importados de territórios terceiros ou de países terceiros em remessas de valor intrínseco não superior a 150 EUR, considera-se que esse sujeito passivo recebeu e entregou pessoalmente esses bens.
>
> 2. Se um sujeito passivo facilitar, mediante a utilização de uma interface eletrónica como, por exemplo, um mercado, uma plataforma, um portal ou meios similares, a entrega de bens dentro da Comunidade por um sujeito passivo não estabelecido na Comunidade a uma pessoa que não seja sujeito passivo, considera-se que o sujeito passivo que facilita a entrega recebeu e entregou pessoalmente esses bens (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Nesse sentido, o artigo 14a foi introduzido a fim de assegurar a efetividade e eficiência do recolhimento de receitas a título de IVA. Na prática, significa a implementação da ficção jurídica que cria a figura do intermediador considerado fornecedor, situação similar ao caso dos intermediadores no comércio eletrônico indireto. Deste modo, a mudança que passará a viger em julho 2021, estabelece que os chamados *marketplaces,* plataformas, portais ou similares serão considerados sujeitos passivos nos casos expostos no art. 14a da Diretiva de 2006, como, por exemplo, em operações que não excedem 150 euros em que o fornecedor é de país terceiro, a fim do recolhimento do IVA (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

Por fim, a atribuição de responsabilidade subsidiária do intermediador é possível mesmo nos casos em que fora decidido, por cláusula contratual, que o fornecedor deve arcar com os encargos tributários. A discussão acerca do tema eclodiu na Grã-Bretanha que, quando ainda integrante da União Europeia, percebeu um número acentuado de fraudes e de evasão fiscal nessa seara.

A Receita e Alfândega de Sua Majestade (HMRC) estimou que, durante o período de 2015-2016, houve a perda de receitas decorrentes de vendas online não tributadas no valor de £ 1,5 bilhões (GRÃ-BRETANHA, 2017).

A solução para tal problema foi dada em setembro de 2016, momento em que a responsabilidade subsidiária do intermediador foi aplicada na hipótese do fornecedor não cumprir sua obrigação legal (e contratual) de recolhimento do IVA. Deste modo, empresas como a Amazon e o Ebay, que expressamente

estipulam em seus contratos que a responsabilidade fiscal é do fornecedor, ou seja, não se submeteriam em tese ao recolhimento tributário, podem ser responsabilizadas caso o fornecedor se ausente no pagamento do tributo.

A base legal para tal entendimento reside no artigo 205 da Diretiva do IVA, que estabelece a possibilidade de outra pessoa, que não a responsável pelo recolhimento do IVA, poder ser responsabilizada pelo recolhimento do tributo. Esta medida pode ser muito eficaz contra a evasão fiscal, pois incentiva a cooperação entre os *marketplaces* e o fisco a fim da apuração correta dos recolhimentos, todavia, dúvidas acerca da violação do princípio da proporcionalidade neste caso podem ser levantadas, pelo ônus em demasia potencialmente causado aos *marketplaces*. Todavia, o *marketplace* pode ser afastado do recolhimento caso retire o fornecedor de sua plataforma no prazo estipulado pelas autoridades (TESTA, 2017, p. 33).

Importa ressaltar que o modelo de tributação sobre o valor agregado (ou acrescentado) seguido pela União Europeia tem como matriz a Diretiva 2006/112/CE do Conselho da União Europeia. Neste sentido, primeiramente nos cumpre tecer algumas considerações acerca do meio normativo utilizado – a Diretiva. As normas possíveis de serem adotadas pelos membros da União Europeia, bem como a função de cada uma delas, são previstas no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, o qual discorre acerca dos "atos jurídicos da União" em seu artigo 288:

> Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.
>
> O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.
>
> A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.
>
> A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.
>
> As recomendações e os pareceres não são vinculativos (UNIÃO EUROPEIA, 2007).

Em suma, a lição primordial que se pode extrair para o caso brasileiro é que: caso se pretenda de fato instituir uma tributação eficiente no comércio digital, inclusive com a atribuição de responsabilidade dos intermediadores, deve se respeitar o ordenamento jurídico já posto, em especial quanto às regras

estabelecidas sobre o tipo de regra veiculada por cada diploma normativo, – o que foi respeitado na experiência europeia, vez que as Diretivas (1) são o meio juridicamente aceito para a vinculação de todos os membros da União Europeia às regras que veicula; e (2) deixam para cada Estado-Membro a responsabilidade pela internalização de seu conteúdo, principalmente quanto às deliberações no tocante ao meio normativo adequado para a aplicação das regras a que passará a se submeter.

CONCLUSÃO

O Projeto de Lei nº 3.887/20 representa a primeira etapa de um dos planos de reforma tributária atualmente em trâmite no legislativo do país. Referido projeto busca instituir a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e (alegadamente) está em harmonia com as mais atuais diretrizes da economia internacional e da OCDE.

Esta suposta harmonia pode ser vista, em especial, pelas seguintes características: buscar instituir um tributo no modelo de IVA, atentar-se ao comércio eletrônico e observar as diretrizes recomendadas pela OCDE neste âmbito, como o princípio do destino na atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Contudo, em um olhar detido sobre o PL nº 3.887/20, é possível identificar alguns potenciais problemas jurídicos em seu texto, de modo que, caso este seja aprovado, é bastante provável que algumas de suas regras sejam objetivo de questionamento judicial.

A primeira delas diz respeito à materialidade da CBS. Há uma aparente contradição no próprio texto do projeto, pois este vincula a incidência às operações (internas e de importação) ora com "as operações com bens e serviços", ora com a "receita bruta", incluindo "multas e encargos".

Assim o sendo, há um grande obstáculo a ser superado, vez que existem diversas regras constitucionais dispondo sobre as possíveis materialidades das contribuições sociais (caso da pretensa CBS), bem como sobre as competências dos entes federativos acerca das materialidades de tributos, sendo que operações com bens e serviços são de competência dos estados ou municípios (dependendo do caso), e não da União.

Outro grande problema no PL nº 3.887/20 diz respeito às propostas de instituição de responsabilidade de terceiros e de solidariedade trazidas. Isto porque as regras dispostas no Projeto de Lei são potencialmente inconstitucionais, vez que as normas sobre o assunto trazidas pela Constituição Federal e pela legislação vigente (em especial o Código Tributário Nacional), além da jurisprudência específica sobre o tema, colidem frontalmente com a disposição do PL.

Sendo assim, caso realmente se queira estabelecer novas regras de responsabilidade pelo recolhimento de tributos, tal como faz o PL nº 3.887/20, seria prudente fazê-lo através dos meios compatíveis para tanto segundo o ordenamento jurídico brasileiro – lei complementar, por exemplo.

Por sua vez, a União Europeia, ao instituir normas que no mesmo sentido das aqui analisadas no âmbito do PL nº 3.887/20, não passou pelos mesmos problemas que o projeto de lei passará em potencial, caso aprovado.

No caso europeu, tais regras foram bem delimitadas desde sua instituição, sendo ampla a presença de normas específicas sobre o tema, devidamente sistematizadas, coerentes entre si e entre o próprio regulamento da Comunidade Europeia, e sempre se adaptando às novas tecnologias, merecendo destaque entre elas: a Diretiva 2006/112/EC, o Regulamento de Execução nº 282/2011 e a Diretiva 2017/2455/CE.

Além do mais, no caso europeu não se vislumbra o principal problema que se identifica no PL nº 3.887/20 – qual seja, o da introdução de regras pelo meio normativo inadequado. Isto porque, na União Europeia, tais regras foram introduzidas por meio de Diretivas, as quais são o meio válido para tanto no ordenamento jurídico europeu e deixam para cada Estado-Membro a responsabilidade pela internalização de seu conteúdo, principalmente quanto regras que devem ser respeitadas para tanto.

Portanto, do confronto dos dois contextos, constata-se que o Brasil pode ter como exemplo – sem novidades – o modelo de tributação do IVA europeu nos meios convencionais e no comércio eletrônico. Nesse sentido, o velho continente expôs um método eficaz e moderno de arrecadação no comércio eletrônico por meio da implementação do sistema MOSS. Por fim, uma vez superados os mencionados obstáculos, a responsabilização dos intermediadores, figuras chave da economia digital, no modo feito pela União Europeia, se apresenta como uma alternativa interessante para o contexto brasileiro, que

necessita de diversas medidas escorreitas para tributar adequadamente o comércio eletrônico em conformidade com o sistema tributário do país.

REFERÊNCIAS

BAL, A. *European VAT and the Digital Economy*. In: FARIA, Renato; SILVEIRA, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (Coords.). Tributação da Economia Digital: Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 1057-1059, 2018.

BARBOSA, M. *A inadequação do fato gerador da CBS incidente no mercado interno*. Disponível em: < http://www.e-auditoria.com.br/publicacoes/inadequacao-do-fato-gerador-da-cbs-incidente-no-mercado-interno/>, Acesso em: 1 nov. 2020, 09:00:00.

BARROS, M. *A nova contribuição sobre bens e serviços (CBS) e os marketplaces*. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-nova-contribuicao-sobre-bens-e-servicos-cbs-e-os-marketplaces/>, Acesso em: 2 ago. 2020, 11:00:00.

BECHARA, C.; GÂNDARA, J. *A face oculta da Contribuição sobre Bens e Serviços: o que está por trás desse tributo?* Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-out-02/opiniao-face-oculta-cbs-tributo>, Acesso em: 1 nov. 2020, 10:00:00.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

BRASIL. *Lei nº 5.172/66* (Código Tributário Nacional). 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.887/20*. 2020. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01uzvgpb4hvf7pfyca7v2z0znh707994.node0?codteor=1914962&filename=PL+3887/2020>, Acesso em: 3 jan. 2021, 09:00:00.

BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). *Agravo em Recurso Especial nº 1.198.146/SP*. 2018. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702840187&dt_publicacao=18/12/2018>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.359.231/SC*. 2011. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro =201001919224&dt_publicac ao=28/04/2011>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). *Recurso Especial nº 1.273.396/DF*. 2019. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro =201102009897&dt_publicacao=12/12/2019 >, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

DELOITTE. *VAT Aspects of cross-border ecommerce* – Options for modernisation Final report – Lot 3. Assessment of the implementation of the 2015 place of supply rules and the Mini-One Stop Shop. Luxembourg: Publications of the European Union, 2016, p. 8-9.

DERZI, M.; ESTANISLAU, C. *Os desafios da tributação indireta do comércio eletrônico:* estratégias para a simplificação da arrecadação tributária em operações B2C. In: FARIA, Renato; SILVEIRA, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (Coords.). Tributação da Economia Digital: Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 806-824, 2018.

OCDE. *The economic and social role of internet intermediaries*. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/digital/ieconomy/44949023.pdf >, Acesso em: 06 jan. 2021, 18:00:00.

TESTA, M. *VAT treatment of E-commerce intermediaries*. 2017. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId= 8911754&fileOId=8911853>, Acesso em: 18 jan. 2021, 21:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/38/CE do Conselho, de 7 de Maio de 2002, que altera, a título tanto definitivo como temporário, a Directiva 77/388/CEE no que se refere ao regime do imposto sobre o valor acrescentado aplicável aos serviços de radiodifusão e televisão e a determinados serviços prestados por via electrónica*. 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0038>, Acesso em: 16 de jan. 2021, 18:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2006/112/CE*. 2006. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=PT>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2017/2455/CE*. 2017. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-

content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L2455&from=PT>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *IVA sobre os serviços digitais* (regime MOSS). 2020. Disponível em: <https://europa.eu/youreurope/business/taxation/vat/vat-digital-services-moss-scheme/index_pt.htm>, Acesso em: 08 jan. 2021, 20:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Notas explicativas sobre as alterações relativas ao IVA na UE no que diz respeito ao lugar das prestações de serviços de telecomunicações, de radiodifusão e televisão e de serviços eletrónicos que entram em vigor em 2015*. 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/telecom/explanatory_notes_2015_pt.pdf>, Acesso em: 07 jan. 2021, 18:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Notas explicativas sobre as regras em matéria de IVA para o comércio eletrônico*. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/vatecommerceexplanatory_28102020_pt.pdf>, Acesso em: 09 jan. 2021, 19:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento de Execução nº 282/2011*. 2011. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0282&from=pt>, Acesso em: 09 jan. 2021, 19:00:00.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia* (Versão Consolidada). 2007. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>, Acesso em: 14 jan. 2021, 10:00:00.

GT 05

Valores y cultura jurídica comunes: el diálogo entre América Latina y Europa

COORDINACIÓN:
Guillermo Suàrez (UVigo) y Gilvan Hansen (UFF)

DESCRIPCIÓN: El grupo de trabajo propone debatir los enfoques de la cultura jurídica europea y latina, principalmente en la relación que existe entre estos sistemas jurídicos, vinculados por la dinámica colonialista y por la constitución de una modernidad jurídica occidental. La cultura jurídica de América Latina se ha constituido como una extensión de la cultura jurídica europea. Por lo tanto, como elemento crítico, tratamos de rescatar las culturas jurídicas subyacentes, tanto en el espacio europeo, como en los espacios coloniales y poscoloniales que fueran hegemonizados por Europa. Como cuestiones temáticas, el grupo está abierto a debatir cuestiones relacionadas con la teoría jurídica y las relaciones entre los sistemas jurídicos occidentales en sus aspectos históricos, teóricos, dogmáticos y críticos. El enfoque principal es la posible dinámica internacional entre los sistemas.

ONDE O PRIVILÉGIO COMEÇA E O DIREITO TERMINA: uma necessária delimitação

Bruno Rezende Ferreira da Silva
Universidade Estácio de Sá
InEAC-UFF
bruno.rezendef@gmail.com

Maria Carolina Rodrigues Freitas
Universidade Estácio de Sá
InEAC-UFF
carolinarfreitas@gmail.com

Resumo: A igualdade é um pressuposto indispensável às sociedades ditas democráticas e um princípio que informa a compreensão de pessoa humana. Portanto, enquanto régua de medida de diversas teorias da justiça, a igualdade é uma referência importante para avaliar o sistema jurídico e político das sociedades. No modelo liberal de Estado, a igualdade que ele busca é jurídica, ou seja, tratar igualmente situações jurídicas objetivamente iguais e subjetivamente distintas. De outra via, o privilégio é sistematicamente definido como uma condição de vantagem, de poder, que não é acessível por todos aqueles com quem o sujeito se relaciona, reforçando uma hierarquia e uma distribuição desigual de bens e direitos. O presente trabalho pretende estabelecer as diferenças entre estes conceitos e apresentar um breve resumo de nossas pesquisas sobre os modos como esses conceitos interagem na sociedade brasileira que, embora herdeira de modelos jurídicos europeus, constrói uma cultura jurídica peculiar. Nossas pesquisas demonstraram que na sociedade brasileira um direito pode ser um privilégio, ou seja, um "direito" que é arbitrariamente estabelecido pelo corpo político para atender interesses corporativos ou dos grupos de pressão política e não regras gerais e abstratas, reflexo de uma ética individualista às avessas e a ausência de uma esfera pública para a formação de consensos.

Palavras-chave: Igualdade Jurídica, Privilégio, Individualismo.

Abstract: Equality is an indispensable assumption for so-called democratic societies and a principle that informs the understanding of the human person. Therefore, as a measure of different theories of justice, equality is an important reference for assessing the legal and political systems of societies. In the liberal model of the state, the equality he seeks is legal, that is, to treat objectively equal and subjectively distinct legal situations equally. In another way, privilege is systematically defined as a condition of advantage, of power, which is not accessible by all those with whom the subject relates, reinforcing a hierarchy and

an unequal distribution of goods and rights. The present work intends to establish the differences between these concepts and to present a brief summary of our researches on the ways in which these concepts interact in Brazilian society that, although heir to European legal models, builds a peculiar legal culture. Our research has shown that in Brazilian society a right can be a privilege, that is, a "right" that is arbitrarily established by the political body to serve corporate interests or those of political pressure groups and not general and abstract rules, reflecting an individualistic ethic upside down and the absence of a public sphere for the formation of consensus.

Key-Words: Legal Equality, Privilege, Individualism.

INTRODUÇÃO

O Direito, em teoria, é informado por uma compreensão de justiça enquanto equidade. A equidade parece ser o valor que infla os vários sistemas jurídicos. O preâmbulo da nossa Constituição vigente já nos dá a pista ao comungar com os valores de igualdade e fraternidade.

Contudo, como veremos no decorrer deste trabalho, a compreensão brasileira sobre igualdade se distancia em muito das tradicionais definições fundadas pelas teorias do Direito de cunho liberal. A realidade brasileira e suas idiossincrasias jurídicas cunha uma igualdade que é mais uma meta abstrata do que um valor informativo do Direito.

Esta pesquisa realizou um trabalho de crítica exógena com matizes sociológicas e antropológicas sobre a dogmática brasileira e o sentido do valor igualdade no Brasil. Ao discorrer sobre a Igualdade, foi realizada uma pesquisa nos moldes da sociologia do conhecimento.

Para esta empreitada é indispensável reunir estudos empíricos e teóricos sobre o objeto de pesquisa, colhendo na produção dogmática conceitos e fundamentações que esboçam um modo de pensar de um determinado período e os nexos entre ideias ao longo do tempo.

Apresentado o tema e o objeto de pesquisa, diante destas considerações preliminares, surge como problema o modo como nossa sensibilidade jurídica forja a compreensão sobre a igualdade jurídica. Nossa

hipótese é que a sensibilidade jurídica brasileira aceita a compreensão do Direito como instrumento de desigualdade.

DESENVOLVIMENTO

Incialmente é indispensável apresentar ao leitor uma distinção conceitual fundamental antes de ingressar propriamente na pesquisa desenvolvida: quais são os significados aqui considerados para igualdade, diferença e desigualdade. Estes três conceitos se relacionam e compreender a dimensão dada a cada um deles e a sua interação melhor delimita o objeto de análise.

Elaborar esses conceitos através de um raciocínio dicotômico nos parece mais adequado. Em sendo assim, igualdade em oposição à diferença alcança um sentido diverso da igualdade em oposição à desigualdade. Igualdade e diferença são qualificações atribuídas à essência das pessoas, onde diferença está intimamente relacionada à diversidade natural e cultural entre os indivíduos. Igualdade e desigualdade são atributos circunstanciais na forma de tratar pessoas em suas relações. Desta conceituação se extraí que diferenças estão no âmago da existência humana, seja na sua manifestação biológica ou cultural, e não são tão fáceis de serem modificadas; já a desigualdade é um fenômeno social, portanto atende à critério elegidos por uma comunidade política para distribuir bens e direitos no decurso de um processo histórico de estratificação social, política e econômica.

Nem sempre diferenças geram desigualdade e nem toda desigualdade encontra fundamento em uma diferença, conforme veremos ao longo deste trabalho. O perigo não está nesta relação, como muito bem aponta José D'Assunção Barros (2006, p.200) , mas na confusão que se faz entre os dois conceitos. Isso porque o que é diferente tende a permanecer, à inércia, e o que é desigual, por ser uma escolha, tende ao movimento, à mudança. Diferente é aquilo que constitui a pessoa, que está no plano do ser, e a desigualdade é o que qualifica circunstancialmente uma pessoa, que está no plano do estar. Se um atributo de desigualdade, portanto transitório,

é levado para âmbito da diferença tem-se a cristalização dessa qualidade, passando a limitar de modo perene a atuação do sujeito no meio social e a condicionar seu autorreferenciamento.

Ultrapassada essa necessária distinção, o que seria então igualdade? Existem vários critérios para definir igualdade: formal, material, jurídica, substancial, de oportunidades, um sem fim de classificações. A igualdade abordada por este trabalho é a igualdade jurídica, ou seja, um mesmo tratamento jurídico em situações objetivamente iguais. A igualdade jurídica atravessa transversalmente todo nosso ordenamento jurídico, mas, em uma sociedade altamente hierarquizada como a nossa, não produz o mesmo efeito alcançado naquelas sociedades ditas igualitárias. Aliás, esta compreensão é um pressuposto lógico para entendermos a igualdade no Brasil.

1. Igualdade Jurídica

A igualdade é um pressuposto indispensável às sociedades ditas democráticas e um princípio que informa a compreensão de pessoa humana (BOBBIO: 1996, p.10). É ela que confere dignidade ao homem, na medida em que a igualdade garante, ou deveria garantir, um status homogêneo para todos os indivíduos, sem distinção. Desde a fundação dos Estados Liberais este valor tem animado os sistemas jurídicos de diversas comunidades políticas. Mais força lhe foi emprestada pelas revoluções burguesas, embaladas pelo emblemático lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Como consequência, o Estado de Direito é aquele em que há o domínio da lei, tendo todo cidadão a perspectiva de receber o mesmo tratamento diante das regras impostas pelo Estado com o objetivo garantir a pacificação social. Portanto, enquanto régua de medida de diversas teorias da justiça, no bojo da construção da ideia de indivíduo erigida pelos Estados Democráticos de Direito, a igualdade é uma referência importante para avaliar o sistema jurídico e político das sociedades.

Enquanto um conceito ideal a igualdade pode ser definida como um modo de se relacionar desejável entre indivíduos de uma dada sociedade que distribui igual tratamento e direitos de forma indistinta. Primeira impressão que se alcança com este conceito é que igualdade é um valor relacional (BOBBIO: 1996, p.7) e não uma qualidade ínsita às pessoas.

Desta impressão, surge um questionamento: no que as pessoas querem receber igual tratamento? Nas sociedades liberais cada indivíduo pode perseguir seu projeto de vida boa e eleger valores que lhes são preponderantes. Então, o que seria tão importante para uma sociedade que, diante da multiplicidade de valores que animam as relações sociais, todos deveriam receber um tratamento igual? Logo, deve-se entender quais são os valores que cada comunidade política julga importante para garantir sua igualdade.

Portanto a máxima da igualdade pensada pelo projeto liberal não implica em que todos os homens sejam iguais em tudo, mas que sejam tratados de modo igual naquelas qualidades que a sua comunidade política entende como essenciais.

Tomando de empréstimo as lições de Bobbio sobre o tema, podemos determinar que existe uma distinção entre igualdade formal e igualdade substancial. Em sendo assim, tais dimensões de igualdade representam compreensões distintas sobre o conteúdo deste valor político.

A igualdade perante a lei é um pressuposto dos Estados Democráticos de Direito e consiste numa igualdade formal que assegura proteção de todo indivíduo pelas leis sem formular discriminações arbitrárias. Logo, na igualdade perante a lei só existe uma categoria jurídica de cidadão, abolindo a organização estamental da sociedade.

A ideia da igualdade formal, tendo como ponto de recorte histórico o constitucionalismo moderno, remonta à Revolução francesa e em especial ao art. 1º da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789 ao dizer que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos". E ainda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791.

Após as duas Grandes Guerras Mundiais o projeto liberal-individualista volta sua atenção para as desigualdades que concretamente existem dentro da sociedade que provocam distorções em sua concepção de igualdade. A igualdade formal e abstrata é vista como um impasse para superar um foço de desigualdades entre os cidadãos e que impede o gozo de uma gama de direitos fundamentais na mesma medida entre todos da sociedade. É neste diapasão que ganham corpo as compreensões de igualdade substancial ou material.

A igualdade material também está presente na Constituição Brasileira de 1988 e em diversos dispositivos. É possível afirmar com segurança que este viés da igualdade visa assegurar que os homens sejam tratados de maneira uniforme numa acepção de igualdade real, de fato, primando pela efetivação de acesso amplo a todos os bens da vida (DUARTE, 2001, p. 36).

A igualdade material, assim, está relacionada a uma questão de isonomia ou de igualdade de fato. E no caso dos dispositivos em destaque, ela se relaciona com um projeto de Estado. Projeto no sentido de que esses dispositivos almejam uma situação ainda não alcançada. Uma utopia, no sentido que lhe conferiu Thomas Morus, ou seja, um lugar ainda não alcançado.

Aqui vale uma ressalva: o modelo liberal de Estado, tenha ele as feições clássicas do Estado mínimo ou do avantajado garantista Estado Providência, não pretende alcançar o fim das desigualdades materiais. A igualdade que ele busca é jurídica, ou seja, tratar igualmente situações jurídicas objetivamente iguais e subjetivamente distintas. A desigualdade substancial entre os indivíduos é própria das sociedades capitalistas, mas a igualdade jurídica empresta eticidade às relações entre os cidadãos (KANT DE LIMA: 2013, p.580). Se uma condição material impede ou dificulta o exercício o de um direito para um determinado grupo, nesta medida é possível o tratamento jurídico desigual para reestabelecer a igualdade jurídica.

É no enfrentamento de todas estas questões expostas até então que se edifica a compreensão de que é necessário um tratamento desigual para

promover igualdade. Tratar desigualmente os sujeitos sociais que se encontram, por razões várias, incapacitados ou dificultados de acessar algum de seus direitos é um modo de superar uma desigualdade. Contudo, a desigualdade no tratamento não deve ser arbitrária, ela deve ser justificada e essa justificativa deve estar consoante critérios de interesse geral. Como muito bem afirma BOBBIO: "Onde a regra é a igualdade, deve ser justificado o tratamento desigual" (BOBBIO: 1996, p.7).

Portanto, para que o tratamento jurídico desigual não seja considerado arbitrário ele deve ser justificado na existência de uma discriminação ou desvantagem prévia que impede ou dificulta uma determinada categoria de sujeitos de alcançar direitos ou bens. A sociedade deve reconhecer a existência desta desvantagem e a finalidade do tratamento desigual com o objetivo de superá-la. Do contrário, a falta de clareza na justificativa ou de concordância da sociedade torna o tratamento diferenciado de uma categoria uma grave violação da igualdade.

Em sendo a justificativa uma prática discursiva (FOUCAULT: 1986, p.136), ela está inexoravelmente marcada por seu contexto histórico, de modo que, alterada as condições sociais e políticas da sociedade, seu sentido perecerá. Logo a compreensão sobre igualdade e o tratamento desigual justificável se altera com a marcha do tempo, ao sabor das mudanças na sociedade, volatilidade essencial para a definição destes conceitos.

Em sendo assim, o tratamento desigual deve pôr em prática uma política pública que objetive ultrapassar o obstáculo criado pela desigualdade material prévia, de modo que sua manutenção se encerra com a superação no entrave social, político, econômico ou cultural que impede o acesso ou pleno exercício de algum direito.

2. Privilégio

Se num dado contexto um tratamento desigual não é justificável, ou seja, é arbitrário, o que teremos é um privilégio. O privilégio é, em suma, quando alguém recebe uma vantagem não permitida a outros sujeitos sociais. No cenário jurídico, se esta vantagem não advém da necessidade

reconhecida pela sociedade de superar uma desvantagem material prévia, teremos um privilégio e não um direito.

O privilégio é sistematicamente definido como uma condição de vantagem, de poder, que não é acessível por todos aqueles com quem o sujeito se relaciona, reforçando uma hierarquia e uma distribuição desigual de bens e direitos. O privilégio confere recursos diferenciados injustificáveis ao seu detentor, sem que ele necessariamente tenha consciência desta vantagem e as consequências de seu uso. O privilégio confere distinção ao seu detentor e, consequentemente, prejudica o comprometimento do indivíduo com o coletivo.

No latim privilegium é a junção de privus e lex, significando lei para um particular. Algo que não se enquadra na lógica a qual nosso Estado Democrático de Direito diz ser o seu alvo. Mas, algo que busca fundamentação nas lições de DaMatta (1997, p.193) a partir da conclusão pela constante busca de ser "considerado" como pessoa e não como indivíduo. A pessoa busca o privilégio, a consideração, o ser tratado como diferente.

Um conceito puramente jurídico de privilégio encontra-se na obra de Hohfeld (2000) que em 1917 o definiu na sua teoria do direito com o objetivo de distinguir os diversos usos do termo direito. O autor diferencia direito e privilégio através de seu correlatos, o correlato de um direito é um dever, já o correlato de privilégio é um não-direito. O privilégio implica em imunidade em face do direito dos outros. O direito dos outros, diante do meu privilégio não me gera qualquer dever. A esfera jurídica de outras pessoas não atinge e tampouco limita àquele que experimenta um privilégio.

Retornemos às lições de Locke sobre igualdade: para o célebre filósofo que inspirou as revoluções burguesas a igualdade era o igual gozo de liberdades entre todos os indivíduos, ou seja, ninguém poderia ser mais livre que outro nas suas ações (LOCKE:1994, §4º). Se compararmos com a compreensão de Hohfeld, o direito representa uma liberdade limitada por um dever. Em sendo assim, o privilégio seria uma liberdade irrestrita, uma liberdade mais livre que de outros indivíduos numa dada relação.

Diante destas compreensões, uma definição sintética de privilégio seria o de um tratamento desigual, injustificável perante a sociedade, que permite a realização de atos que outros indivíduos não podem realizar.

A "diferença" na lei não vem (ou não deveria vir) para destacar um grupo ou um indivíduo da sociedade conferindo-lhe privilégios na perspectiva liberal ocidental que Taylor (2014, p. 241 e seguintes). A "diferença" vem (ou deveria vir) para trazer aquele(s) necessitam de uma atenção especial para a situação de igualdade a qual a sociedade de uma maneira geral encara como normal.

Privilégio é a prevalência da vontade de uma minoria através de maiorias formais que não se justificam. Este ponto pode ser bem observado na obra de Cardoso de Oliveira (2010) ao identificar a arbitrariedade presente na legislação brasileira ao não distinguir direitos e privilégios. Isso nos remete a um mundo cívico paradoxal em que deveria ser regrado (e pelo formalmente constitucionalmente o é) pela igualdade jurídica, mas que na realidade é permeado de hipóteses de privilégios que hierarquizam seus cidadãos.

Isto porque a arbitrariedade no estabelecimento de normas faz parte do modo como se organiza a esfera pública no Brasil. Nos socorrendo das lições de Habermas (1997, p.92), a esfera pública pode ser entendida como um espaço não institucional de mediação entre o Estado e a sociedade, na qual os sujeitos sociais se organizam e estabelecem consenso (opiniões públicas) sobre assuntos de interesse geral que emprestam legitimação às leis.

Portanto, a atuação dos sujeitos sociais deveria se dar em cooperação para a formação de consensos amplos e assim exercer pressão sobre o sistema político a ponto de influenciá-lo. Embora alguns interlocutores consigam exercer maior influência na formação da opinião pública, é essencial a participação de todos os indivíduos orientados para o entendimento.

No Brasil esta relação se estabelece de modo diverso. Os sujeitos sociais se relacionam com o Estado para atender interesse particulares,

havendo pouco empenho para a formação de consensos. A comunicação entre os sujeitos sociais não se estabelece pelo convencimento, mas pelo arbítrio, há o reforço de posições e não uma consciência coletiva solidária e igualitária. Consequência de uma profunda hierarquização em nossa sociedade que categoriza os sujeitos sociais, excluindo aqueles que não são iguais com base em desqualificação de suas posições e opiniões. Na nossa comunidade política há aqueles de opinião valorosa e relevantes e, do outro lado, aquelas "gentes matutas", como dizia Oliveira Viana, que eram incapazes de alcançar a sofisticação do pensamento republicano e, por isso, negada sua participação na esfera pública.

Se não há um esforço pelo entendimento, a esfera pública passa a ser espaço de expressão de arbítrio dos mais poderosos e seletiva quanto aos temas, parasitando a opinião pública com interesses privados. Os grupos não tradicionalmente dominantes precisam estabelecer um constante embate para conquistar uma parcela deste espaço ou tentar influenciar o jogo político sem intermediação desta esfera pública.

Diante destas condições se abandona a proposta de cooperação e formação de uma opinião pública única estabelecida pelo convencimento do outro. Na relação entre os cidadãos e o Estado brasileiro espera-se o reconhecimento da legitimidade de opiniões particulares que não tem pretensão de integrar sujeitos desiguais, reforçando as desigualdades.

É neste cenário político que se estabelecem dois elementos na compreensão brasileira de igualdade: o individualismo e a hierarquização entre "iguais". O individualismo em si não seria um problema, mas o modo como a experiência brasileira o compreende é que favorece a hierarquização.

É necessário então estabelecer uma distinção entre os sentidos atribuídos ao termo individualismo. O individualismo na compreensão liberal de Mills pode ser definido como a ação do homem impulsionada pelo seu interesse pessoal, mas que não se antepõem ao bem-estar geral. Para essa concepção o indivíduo é um agente moral autônomo e sua potencialidade deve ser resguardada frente ao movimento regulatório da coletividade.

Contudo esse indivíduo não é um sujeito completamente desvinculado do seus contexto e comunidade, as escolhas que ele executa participam de um enredo compartilhado coletivamente cabendo a ele "descobrir qual parte da experiência recolhida é aplicável às suas próprias circunstâncias e caráter" (MILL: 2010, p. 118). O indivíduo então deixa de ser somente parte de um coletivo, tomando consciência de sua própria individualidade e liberdade. Ao Estado cabe então proteger as liberdades individuais como forma de garantir a dignidade do homem. Portanto, o que compatibiliza a coexistência de diversos projetos de vida é a igual proteção e o respeito à liberdade e a dignidade de todos.

Em oposição temos uma compreensão de individualismo como egoísmo assentada na doutrina católica sobre o liberalismo que o compreende como conjunto de ideias que prezam pela "absoluta soberania do indivíduo" (SARDANY: 1949, p.17). O individualismo como egoísmo não pressupõe o respeito às liberdades e interesses de outros sujeitos da comunidade, mas sim a prevalência das pretensões subjetivas de cada sujeito. Logo o individualismo se manifesta como uma oposição a qualquer tentativa de organização coletiva. Roberto DaMatta, em seu clássico A casa e a rua, descortina a compreensão *sui generis* de cidadania brasileira e nos apresenta, em comparação com a sociedade norte-americana que: "no Brasil, o individualismo é criado com esforço, como algo negativo e contra as leis que definem e emanam da totalidade" (DAMATTA: 1997, p.55). Portanto no individualismo egoísta a comunidade se organiza como um conjunto de partes em concorrência que não se preocupam em compartilhar ou preservar um interesse comum e maior do que a soma daqueles interesses individuais que são, eventualmente, convergentes.

Esse individualismo contribui para uma carência de coletivismo na sociedade brasileira. Como é na identidade coletiva que se estabelece a igualdade entre cidadãos, que deveriam deixar de lado projetos individuais pelo reconhecimento de um interesse coletivo maior, no Brasil temos o oposto do coletivismo: temos um individualismo egoísta e "estadanista", pois é pela outorga do Estado que se alcançam os interesses pessoais.

É esse mote que projeta estratégias sociais de hierarquização entre

sujeitos. Todos os sujeitos deveriam ser iguais por serem todos cidadãos. Contudo, como os sujeitos não querem ser iguais, porque a igualdade significa o não atendimento, em alguma parte, dos seus interesses individuais, uma revogação de seu status, os sujeitos começam a fundar subcategorias que reclamam tratamentos diferenciados pelo Estado, num nítido processo de hierarquização.

Diante da segmentação de opiniões públicas, os direitos conquistados através desta seletividade que estabelecem um tratamento desigual se constituem em verdadeiros privilégios, na medida em que não alcançam uma justificativa válida para uma opinião pública geral.

CONCLUSÃO

Nossas pesquisas puderam demonstrar que a desigualdade faz parte da constituição da nossa identidade brasileira, tanto que o cidadão não espera se ver reconhecido como uma categoria única. Na nossa sociabilidade os sujeitos políticos tentam, quando convém, se enquadrar em categorias segmentadas para, na condição de pertencentes de um grupo específico, pleitearem tratamentos diferenciados. Isso porque aquele que está inserido na, digamos assim, categoria genérica, só resta a omissão do Estado no atendimento de suas necessidades. Dentro de cada categoria há igualdade, entre categorias não há igualdade.

É interessante que esse modelo que institucionaliza uma desigualdade e coloca o Estado como grande protagonista se retroalimenta pela incapacidade, ou falta de vontade, dos governos de combater a causa que gerou a suposta necessidade de prover a desigualdade de tratamento pela lei. Uma vez estabelecida uma lei que diferencia o tratamento dado à determinadas categorias, os sujeitos sociais que estavam fora desta categoria buscam o Estado para serem inseridos também neste tratamento. Portanto o que se busca não é igualdade de todos, mas a ampliação de um privilégio.

Conforme já enunciado, o cidadão brasileiro espera alcançar vantagens e não um tratamento uniforme, de modo que o conhecimento jurídico do senso comum, marcado pela ambiguidade, permite múltiplas

interpretações de uma mesma experiência, legitimando posições como "direito" o que na realidade é um privilégio.

A presença de privilégios em nossa legislação – mesmo na vigência da Constituição chamada de cidadã – demonstra que uma convivência com estes privilégios ocorre de maneira natural. Nesta medida identificamos que a lei de maneira natural estabelece uma hierarquia entre os cidadãos brasileiros, pois há aqueles que fazem jus a privilégios e os demais.

A sensibilidade jurídica brasileira construída ao longo da República formula que o Direito de todos é garantia de direitos para ninguém, de modo que os sujeitos sociais esperam do Estado uma estratégia de desigualação, principalmente através da outorga de direitos sociais, que irá legitimar juridicamente as diferenças. Se o Estado assim não proceder, as relações sociais darão conta de desigualar pelos laços de compadrio que incrementam a permissividade ao descumprimento das leis. Afinal nossa sociedade é composta por diferentes, por pessoas, e não por indivíduos iguais em origem (DAMATTA: 1997, p.60).

O sujeito que de fato ostenta um Direito é aquele que é sacado da multidão de despossuídos e alçado à uma condição diferenciada por se enquadrar em uma condição de privilégio prevista em alguma lei. A violação deste tênue limite entre o Direito e o privilégio permite que ele sirva à valores outros que não a equidade.

REFEFÊNCIAS

BARROS, José D'Assunção. Igualdade, desigualdade e diferença: contribuições para uma abordagem semiótica das três noções. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, n. 39, p. 199-218, abr. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis R. *Direito Legal e Insulto Moral*: Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Concepções de igualdade e (des)igualdades no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lucia; PIRES, Lenin. (Org.). *Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, v.1, p. 19-33.

DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 1997, p.60

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.92

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.

KANT DE LIMA, Roberto. Direitos civis, Estado de Direito e "Cultura policial": a formação policial em questão. *Revista Preleção*, v. 1 p. 67-87, 1997.

KANT DE LIMA, Roberto. Entre as leis e as normas. *Dilemas*, rio de janeiro, v.6, n. 4, p. 549-580, out/nov/dez 2013.

LOCKE, John. *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdad*e. São Paulo: Malheiros, 2000.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo: Hedra, 2010.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARDANY, Padre Félix Salda y. O Liberalismo é Pecado. São Paulo: Companhia Editôra Panorama, 1949.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Fernanda e IORIO FILHO, Rafael Mario. *A impossibilidade de igualdade jurídica no Brasil*. IX Reunião de Antropologia do Mercosul 10 a 13 de julho de 2011 – Curitiba, PR. Disponível em: <file:///D:/MESTRADO/A%20impossibilidade%20da%20igualdade%20jur%C3%ADdic a%20no%20brasil.pdf>. Acessado em 31 de Janeiro de 2017.

MEMÓRIA INSTITUCIONAL E SABERES POPULARES EM ATIVIDADES DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIAS: dilemas para uma decolonização discursiva

Mara Magda Soares
Universidade Federal Fluminense, Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
maramagda2004@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Universidade Federal Fluminense, Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho se propõe a tecer considerações a partir de projetos extensionistas elaborados e coordenados pelo Laboratório de Justiça Ambiental, que atua junto ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, em especial a atuação junto às comunidades de quilombo em Oriximiná, no Estado do Para, e a atuação do Pré-vestibular Social Dr. Luiz Gama, em Niterói, Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Memória institucional. Povos e comunidades tradicionais. Assessoria popular. Extensão universitária. Análise dos discursos.

Abstract: The present work proposes to make considerations from extension projects elaborated and coordinated by the Laboratory of Environmental Justice, which works together with the Post-Graduation Program in Sociology and Law at Universidade Federal Fluminense, especially the work with quilombo communities in Oriximiná, in the State of Para, and the performance of the Social Pre-entrance exam Dr. Luiz Gama, in Niterói, State of Rio de Janeiro.

Key-Words: Institutional memory. Traditional peoples and communities. Popular advice. University Extension. Discourse analysis.

INTRODUÇÃO

O ensino, a pesquisa e a extensão constituem-se de atividades acadêmicas que possuem uma tríade indissociável que compõem as universidades federais brasileiras. São consagradas com o princípio da autonomia universitária didático-

científica, administrativa, de gestão financeira e patrimonial que é contemplada pela na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016).

As universidades federais possuem autonomia para promover a ciência no Brasil, no entanto, passam por várias crises, um constante sucateamento em sua máquina administrativa, cortes crescentes no repasse das verbas para a educação, especialmente nesses últimos dois anos, deixando assim, as universidades com mínimo de recursos possíveis para se manterem. Agravando ainda mais os desafios institucionais, estamos vivendo uma época sem precedentes com foi a chegada de um vírus que mudou a lógica do funcionamento do mundo. Assim, os parcos recursos das áreas de humanas, foram realocados, para os setores considerados mais estratégicos, como a engenharia e setor da saúde (GONÇALVES, 2015, p.1230-1231).

Foram afetados com o corte de verbas do governo, principalmente as pesquisas em áreas das ciências humanas, pesquisadores perderam bolsas na atual redistribuição e incentivos de estudo e ensino, acarretando a um abandono sistemático de discentes matriculados por falta de recursos em determinadas áreas, com isso, esses alunos ficaram sem as mínimas condições de continuar os seus estudos, já que não tinham como se manterem na universidade.

A medida que a sociedade brasileira passa por essas transformações políticas e sociais nas universidades federais, cresce a necessidade de desenvolver pesquisas que contemplem uma maior proximidade com a sociedade e com os objetos de pesquisa, ampliando assim, o protagonismo do sujeito social que vive marginalizado, dando voz e espaço a eles. É urgente o crescimento da capacidade de engajamento com as comunidades locais, com os povos originários, com os moradores adjacentes aos prédios institucionais, construindo assim, uma relação estreita entre eles, ampliando os projetos extensionistas, os serviços oferecidos, e desenvolvendo uma articulação entre as ações extensionistas juntamente com os sujeitos de seus estudos, criando uma maior proximidade e um fortalecimento entre a universidade e a comunidade local.

Acredita-se que a próxima tendência será a ampliação e perpetuação dos serviços universitários para as comunidades locais, uma ação conjunta entre a universidade e o povo. Essas atividades conjuntas poderão favorecer uma maior pressão popular para que os governantes liberem e ampliem os recursos oferecidos para as universidades federais, construindo assim, uma nova tríade - pesquisa, extensão universitária e intervenção social, essas ideias foram discutidas no Grupo

de Estudo nº 36 no **8º Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades** (CONINTER), realizado em 2020.

Este trabalho apresentará dois projetos extensionistas - a **Unidade Avançada José Veríssimo** (UAJV) e o **Pré-vestibular Dr. Luiz Gama** - que contribuem para minimizar o abismo social, aproximar a comunidade local da Universidade Federal Fluminense, propor ações inclusivas, acolhedoras, que promovem justiça social, valorizam o pensamento o crítico, os saberes trazidos pelos estudantes e a construção de experiências únicas. Pretendemos, neste trabalho, analisar a construção dessa ação e a sua metodologia.

Para isso, utilizamos como base teórica autores que nos ajudam a pensar decolonialidade e protagonismo educacional. Entendemos o espaço do saber como um local de real transformação social, que contrapõe os silenciamentos que são impostos a uma parte da população. Buscamos observar como ocorre efetivamente o processo de troca de conhecimentos e a materialização do discurso emancipatório defendidos nesse espaço formativo através desta pesquisa qualitativa baseada em pesquisas bibliográficas.

1. PENSANDO O ENSINO E A PESQUISA A PARTIR DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

O campo da ciência, possui um forte terreno de disputas discursivas e narrativas, é preciso romper as epistemologias colonialistas, é urgente a promoção de pesquisas extensionistas junto a povos e comunidades tradicionais e em assessorias populares promovam a decolonialidade. Por diversos motivos: em primeiro lugar pela baixa frequência de narrativas e/ou exposições oriundas dessas populações, eis que, em geral, são traduzidas seja por pesquisadores acadêmicos, seja por organizações não governamentais, seja por relatórios técnicos estatais ou mesmo empresariais.

> Cada grupo social, nascendo no terreno originário de uma função essencial no mundo da produção econômica, cria para si, ao mesmo tempo, de um modo orgânico, uma ou mais camadas de intelectuais que lhe dão homogeneidade e consciência da própria função, não apenas no campo econômico, mas também no social e no político. (GRAMSCI, 1982, p.3).

Quando a aristocracia no período feudal, perde o monopólio sobre o controle técnico-militar, inicia-se assim, a crise do feudalismo, entretanto quem passa a dominar as ideologias e o conhecimento, a deter o protagonismo da

organização da escola e da cultura, por um longo período é o grupo social do clero (GRAMSCI, 1982, p.6).

> Quando se distingue entre intelectuais e não-intelectuais, faz-se referência, na realidade, tão-somente á imediata função social da categoria profissional dos intelectuais, isto é, leva-se em conta a direção sobre a qual incide o peso maior da atividade profissional específica, se na elaboração intelectual ou se no esforço muscular-nervoso. Isto significa que, se se pode falar de intelectuais, é impossível falar de não-intelectuais, porque não existem não-intelectuais. Mas a própria relação entre o esforço de elaboração intelectual-cerebral e o esforço' muscular-nervoso não é sempre igual; por isso, existem graus diversos de atividade específica intelectual. Não existe atividade humana da qual se possa excluir toda intervenção intelectual, não se pode separar o *homo faber do homo sapiens* (GRAMSCI, 1982, p.6).

A formação dos intelectuais no mundo feudal e no mundo clássico superou as crises, criou-se uma divisão de quem era intelectual e quem não era, mesmo sabendo que cada área do conhecimento tem a sua especificidade, possuem interesses distintos, como por exemplo, o camponês que traz em si, os modos de vida e manejos agrícolas, que são tão intelectualizados quantos os intelectuais burgueses que eram letrados, houve assim, uma produção de tensões crescentes, uma formação das desigualdades entre os grupos sociais, criando categorias e classificações, sobre quem era, ou não intelectual, promovendo conflitos de interesses diversos, desclassificando o trabalho braçal, produzindo um grande abismo social, visto até hoje na luta entre as classes sociais. (GRAMSCI, 1982, p.5).

Assim, a Universidade Federal Fluminense (UFF) rompe com os paradigmas passados e promovem dois projetos juntamente com o **Laboratório de Justiça Ambiental** da através do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD).

> A Unidade Avançada José Veríssimo (UAJV) é a base física da Universidade Federal Fluminense utilizada para a acomodação dos docentes, técnico-administrativos e discentes que desenvolvem ações de extensão, ensino e pesquisa na região de Oriximiná no estado do Pará. Os objetivos específicos são os de proporcionar ao estudante universitário a oportunidade de treinamento profissional em áreas geoeconômicas diversas do estado do Rio de Janeiro e levar a essas áreas contribuição organizada para a aceleração do processo de desenvolvimento em geral, inclusive o técnico-científico (UFF, 2021).

Já a criação em 2018 do Pré-Vestibular Dr. Luiz Gama, teve a participação efetiva do Coletivo Direito Popular, do apoio do Diretor e alunos da Faculdade de Direito, e também dos alunos do PPGSD. O nome escolhido para o curso, carrega uma série de simbolismos, uma homenagem ao nosso maior advogado, abolicionista e defensores da liberdade da história do Brasil: Dr. Luiz Gama (GUARINO; FILHO, 2020, p.4-5).

> Quando nos deparamos com a estrutura pedagógica-política do Pré-vestibular Dr. Luiz Gama, através das atividades desenvolvidas, encontramos um espaço que reflete a Pedagogia do Papo Reto e se estabelece na luta dos oprimidos por uma educação dialógica. (AZEVEDO; SOUZA, 2020, p.9).

Em segundo lugar, pelas modelagens de repositórios institucionais enquanto fonte de memórias, onde um determinado *corpus* (repositório de teses, bibliotecas, documentários, anais de congresso, museus) pouco espaço apresenta para elementos não conversíveis em bens culturais canônicos (como a cultura de plantio, as narrativas orais, os rituais de comportamento etc.).

A construção desse repositório institucional também possibilitaria a propagação dos registros das atividades humanas nas atividades extensionistas. Focando nas experiências da UAJV e no Pré-vestibular Social Dr. Luiz Gama, contribuindo em seu resgaste histórico, na implementação de políticas governamentais voltadas à promoção do compartilhamento do conhecimento na construção de políticas de acesso aberto, impulsionando a comunicação científica, contribuindo para uma nova dinâmica nacional de inovação que permite reunir, hospedar, preservar, disponibilizar e dar visibilidade à produção acadêmica institucional criada por esses dois projetos extensionistas. Uma divulgação da produção intelectual das atividades extensionistas em Oriximiná e na Faculdade Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), criando uma ferramenta repositória como elemento organizador, com auxílio de especialistas da própria UFF para a promoção do conhecimento científico institucional. Denota a importância da valorização da informação do presente e do passado como forma de registro que constitui matéria-prima da identidade, coletiva ou individual construídas.

> Os repositórios institucionais trazem inúmeros benefícios para as comunidades científicas como a ampliação e a visibilidade da informação científica brasileira; contribuindo para a colaboração na pesquisa, por meio da facilitação de troca livre de informação científica; no entendimento público das atividades e esforços de pesquisa; na reduz custos (ou pelos menos direciona sua realocação) associados com assinaturas de periódicos

> científicos; no favorecimento de uma colaboração em escala global na medida em que explicita resultados de pesquisa e põe os autores em evidência (LEITE, 2009, p. 25).

Em terceiro lugar, pela baixa circulação de referências metalinguísticas nessas searas que alcançam sistematizações enquanto políticas públicas, introjetando essa ecologia dos saberes (Santos, 2007) em contexto sistêmico. Vale dizer, em certo sentido a antropologia estrutural (Lévi-Strauss, 1958), na melhor das hipóteses, irá permitir uma narrativa *sobre*, mas não propriamente uma democracia discursiva, que seja capaz de deflagrar posturas decolonizatórias.

Para Lévi-Strauss (1958) a sociedade possui um sistema de comunicação por símbolos que fazia uma comparação entre estudos etnográficos em várias culturas, relata que existem entre elas uma estrutura de mitos, um modo inconsciente que constrói um campo de representações em diversas culturas, uma semelhança no pensamento e nas operações lógicas, ritos parecidos em que os povos compartilham, existem traços comuns entre as sociedades, mesmo que produzam um tipo de cultura diferenciada, atribuindo sentidos e significados diferentes, as formas de organização desses ritos se assemelham em diferentes povos.

> Sua visibilidade assenta na invisibilidade de formas de conhecimento que não se encaixam em nenhuma da modalidade dominantes. Refiro-me aos conhecimentos populares, leigos, plebeus, camponeses ou indígenas do outro lado da linha que desaparecem como conhecimentos relevantes ou comensuráveis por se encontrarem para além do universo do verdadeiro e falso. É inimaginável aplicar-lhes não só a distinção científica entre o verdadeiro e o falso, mas também sobre as verdades inverificáveis que constituem o outro conhecimento como aceitável deste lado da linha. (SANTOS, 2007, p.73).

Pensar o ensino e a pesquisa a partir da extensão universitária requer uma quebra de paradigmas, ampliar a visão da pesquisa epistêmica abarcando um outro olhar e utilizar o conceito da "Teorias do Sul", criada pelo pesquisador, Boaventura de Souza Santos, um movimento alternativo teórico, decolonial que se singulariza pela não sujeição aos parâmetros modernos das ciências sociais, responsável por classificar e hierarquizar os seus objetos de estudo. Um campo de desafios teóricos e empíricos que perpassa pela desobediência e desencadeamentos epistêmicos. (FILHO, MONTEIRO, p.227-228).

No entanto, no processo colonizador, existem as resistências e a luta torna-se constante, mas os afetos se multiplicam, para Paulo Reglus Neves Freire (1996, p.54), educador e filósofo brasileiro, ele nos fala: "gosto de ser gente

porque, mesmo sabendo que as condições materiais, econômicas, sociais e políticas, culturais e ideológicas em que nos achamos, geram quase sempre barreiras de difícil superação para o cumprimento de nossa tarefa histórica e mudar o mundo, mas sei também que os obstáculos não se eternizam".

CONCLUSÃO

Dessa maneira, esse trabalho propõem uma análise crítica sobre os projetos extensionistas das universidades federais, que os excluídos sociais, cruzados pelo interseccionalidade de raça e pobreza, como os negros e os povos originários, sejam protagonistas de suas histórias, que eles ampliem as suas vozes e ocupem os lugares de maior extrato na sociedade, que sejam contemplados com serviços extensionistas de qualidade promovidos pelas instituições federais e essas ações mudem a sua realidade social, que seja mais do que assistencialismo, seja promovido a justiça social, uma possível equidade, compreendendo que somos iguais, mas possuímos especificidades e diferença entre nós, que haja uma horizontalidade entre ações e o rompimento com laços da subserviência colonial, abissal e estrutural.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Matheus Guarino Sant'Anna Lima de; MADEIRA FILHO, Wilson. *Pré-vestibular social Dr. Luiz Gama*: ensino, pesquisa e extensão em um trabalho de educação popular. **8º Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades** (CONINTER), 2020.

AZEVEDO, Talita Silva de Souza; SOUZA, Patrícia Silva de. *Pedagogia do papo reto*: uma educação dialógica a partir da experiência do pré-vestibular social Dr. Luiz Gama. 2020.

BRASI. Constituição da República Federativa do Brasil. *Título VIII Da Ordem Social. Capítulo III. Da Educação, da Cultura e do Desporto*. Seção I Da Educação. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 91 de 18/02/2016. Art. 207. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/art_207_.asp. Acesso em: 20 fev. 2021.

FILHO, Wilson Madeira; MONTEIRO, Paula, Pereira. Neo-antropofagia? Limites e possibilidades epistemológicas nas Teorias do Sul. In: ABREU, Célia Barbosa; PEIXINHO Manoel Messias; FILHO, Wilson Madeira (Org.). *Metodologia da pesquisa científica*. Niterói: Editora do Programa de

Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2017. p. 227-250.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia:* saberes necessários à prática educativa. 34. ed. São Paulo: Paz e Terra. 148 p. (Coleção Leitura)

GRAMSCI, ANTÔNIO. *Os intelectuais e a organização da cultura***.** 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 125 p. (Coleção "Perspectivas do Homem", v. 48, Série Filosofia)

GONÇALVES, Nadia Gaiofatto. Indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão: um prinício necessário. *Perspectiva*, Florianópolis, v. 33, n. p. 1229-1256, set./dez. 2015.

LEITE, Fernando César Lima. *Como gerenciar e ampliar a visibilidade da informação científica brasileira*: repositórios institucionais de acesso aberto. Brasília: Ibict, 2009. 120 p.

LEVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural.* 2. ed. São Paulo: Cosac Nayfy, 1958. 448 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para além do pensamento abissal*: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Novos Estudos, n. 79, nov. 2007.

UFF. Universidade Federal Fluminense. *Unidade Avançada José Veríssimo (UAJV).* Disponível em: **http://www.uff.br/?q=node/5354**. Acesso em 20 fev. 2020.

A TENDÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO NA MEDIAÇÃO: o mediador nos processos de recuperação e falência de empresas

Fernanda Bragança
Doutoranda no Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense
Pesquisadora visitante na Université Paris I. Pesquisadora CIAPJ/FGV
fernandabraganca@id.uff.br

Juliana Loss de Andrade
Doutoranda em Direito Privado pela Université Paris I. Professora e Coordenadora Técnica de Mediação da FGV. Coordenadora e Pesquisadora CIAPJ/FGV
juliana.loss@fgv.br

Renata Braga Klevenhusen
Pós doutora pelo IFCS/UFRJ/Coimbra (2019). Professora adjunta de Direito da UFF (PUVR). Pesquisadora externa colaboradora CIAPJ/FGV
renatabragak@terra.com.br

Resumo: A proposta deste artigo consiste em investigar sobre a tendência que se acentuou recentemente de especialização do mediador para atuação em determinados setores, notadamente, na recuperação e falência de empresas. A pesquisa se baseia em uma revisão bibliográfica com foco na doutrina estrangeira tendo em vista o enfrentamento das seguintes questões: como se desdobra a formação em mediação no Brasil e em locais onde a utilização do instituto é mais consolidada como na França, por exemplo? Quais são os aspectos gerais da atuação do mediador na recuperação e na falência? No Brasil pode ser percebida alguma tendência de especialização do mediador impulsionada pela crise sanitária decorrente do Covid-19? Esta investigação visa contribuir com a identificação e mapeamento de um movimento das próximas tendências na mediação. É plausível apostar que esta exigência de especialização, nos próximos anos, não fique restrita à área empresarial e se estenda para outros tipos de conflitos como os familiares e os trabalhistas, por exemplo.

Palavras-chave: Mediação; Mediador; Recuperação e falência de empresas; Especialização; Tendências na mediação.

Abstract: The purpose of this article is to investigate the recently increased trend in the mediator's specialization for acting in certain sectors, notably in recovery and bankruptcy. The research is based on a bibliographic review focusing on foreign doctrine in order to face the following questions: how does mediation training unfold in Brazil and in places where the use of the institute is more consolidated, such as in France, for example? What are the general aspects of the

mediator's role in recovery and bankruptcy? In Brazil, can there be any tendency towards mediator specialization driven by the health crisis resulting from Covid-19? The present investigation aims to contribute to the identification and mapping of a movement of the next trends in mediation. It is plausible to bet that such demand for specialization, in the coming years, will not be restricted to the business area and extend to other types of conflicts such as family and labor, for example.

Key-Words: Mediation; Mediator; Recovery and bankruptcy of companies; Specialization; Trends in mediation.

INTRODUÇÃO

O período da crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19 foi marcado por um forte impulso aos métodos adequados de solução de conflitos, em especial, às abordagens consensuais para tratamento dos conflitos no âmbito empresarial.

A proposta deste artigo consiste em investigar sobre a tendência que se acentuou recentemente de especialização do mediador para atuação em determinados setores, notadamente, na recuperação e falência. Esta investigação visa contribuir com a identificação e o mapeamento dos próximos movimentos na mediação.

A pesquisa se baseia em uma revisão bibliográfica com foco na doutrina estrangeira tendo em vista o enfrentamento das seguintes questões: como se desdobra a formação em mediação no Brasil e em locais onde a utilização do instituto é mais consolidada como na França, por exemplo? Quais são os aspectos gerais da atuação do mediador na recuperação e na falência? No Brasil pode ser percebida alguma tendência de especialização do mediador impulsionada pela crise sanitária decorrente do Covid-19?

O estudo está dividido em três partes: a primeira trata sobre a formação do mediador; em seguida discute a atuação do mediador especificamente na recuperação e falência de empresas e, por fim, a tendência de especialização do mediador a partir das medidas adotadas pelo Judiciário brasileiro para a contenção da hiperjudicialização empresarial decorrente da Covid-19.

1. A formação do mediador

No Brasil, a formação do mediador é regulada pela Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Segundo o anexo I de diretrizes curriculares, o curso de capacitação básica para mediadores judiciais inclui uma parte teórica e uma parte prática. O cumprimento dessas duas etapas é necessário para a inscrição nos quadros dos tribunais e do CNJ como mediador judicial.

O CNJ destaca que a parte fundamental desta formação são os exercícios simulados e o estágio supervisionado por um instrutor do curso. De modo geral, essas capacitações são oferecidas por Câmaras privadas de mediação conveniadas aos tribunais.

Durante a etapa prática ou de estágio supervisionado, o aluno atua, progressivamente, nas seguintes funções: observador, co-mediador e mediador, e em cada uma delas deve cumprir um mínimo de horas.

Cabe ressaltar que a atualização profissional do mediador é recomendada pelos tribunais e pelo CNJ. Contudo, os facilitadores enfrentam muitas dificuldades relacionadas, sobretudo, à falta de estímulo ao investimento contínuo nesta atuação, tendo em vista que em grande parte dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) o trabalho do facilitador é voluntário ou com uma remuneração baixa[1].

Portanto, a capacitação exigida dos mediadores que atuam em âmbito judicial no Brasil é genérica e independe da área ou tipo de conflito em que pretenda desenvolver a mediação.

A formação em mediação em países europeus como a França, por exemplo, percorre fundamentalmente três etapas: uma formação inicial ou básica, a prática profissional e a especialização em uma área específica[2].

Na fase de formação básica, o interessado tem contato com as noções e ferramentas básicas sobre o instituto. Durante a prática profissional o mediador parte para a construção da sua identidade e aperfeiçoa as técnicas e a metodologia

[1] Em que pese a resolução nº. 271 de 2018 do CNJ fixe parâmetros para a remuneração desses profissionais, na prática, ainda não foi implementada pela maioria dos CEJUSC do país.

[2] Cf. Formation à la mediation <https://www.apme-formation.fr> acesso em 5 de janeiro de 2020

aprendidas e, por fim, na especialização, o mediador foca em um determinado domínio em função dos casos em que atuou.

2. O mediador de recuperação e falência de empresas

Anteriormente à pandemia, a mediação já era estimulada no âmbito da recuperação e falência de empresas em diversos países europeus como Espanha[3], França[4] e Bélgica[5]. No Brasil, um caso paradigmático resolvido através da mediação foi a recuperação judicial do grupo OI[6]. O advento da crise sanitária fomentou ainda mais a opção por esta via consensual.

O potencial da mediação em casos de insolvência[7] foi reconhecido pela Comissão Europeia no seu relatório[8] sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE (Diretiva de Mediação da UE) em agosto de 2016. A Comissão afirmou que o procedimento continua aquém das suas potencialidades de utilização nos processos de insolvência. O órgão encorajou a nomeação de mediadores pelos

[3] Cf. ESPANHA. Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponível em < https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf> acesso em 4 de janeiro de 2020.

[4] Cf. FRANCE STRATÉGIE. Entreprises en difficulté: quelle efficacité des procédures préventives? Disponível em < https://www.strategie.gouv.fr/publications/entreprises-difficulte-efficacite-procedures-preventives > acesso em 5 de janeiro de 2020.

[5] Cf. Le Tribunal de l'Entreprise du Brabant Wallon, la Chambre de Commerce et d'Industrie du Brabant wallon (avec le soutien des acteurs économiques et associations d'entreprises du BW) et le Barreau du Brabant wallon collaborent pour offrir des solutions aux entreprises en difficultés, 11 de maio de 2020. Disponível em <https://www.uwe.be/entreprises-en-difficulte-dautres-solutions-existent-osez-la-mediation-dentreprise/> acesso em 4 de janeiro de 2020.

[6] Cf. Programa para acordo com credores da OI. Disponível em < https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/apresentacao_juliana_loss_fgv_mediacao_13_11_2017_v3.pdf> acesso em 14 de janeiro de 2021.

[7] O termo "insolvência" é usado pela doutrina internacional e compreende as empresas que estão em dificuldade financeira.

[8] Cf. Relatório da Comissão ao Parlamento europeu, ao Conselho e ao Comitê econômico e social europeu sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/EC relativo a certos aspectos da mediação civil e comercial. Bruxelas, 26 de agosto de 2016. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=EN> acesso em 3 de janeiro de 2020.

tribunais sempre que considerem necessário para o bom andamento da reestruturação plano.

O mediador concursal[9] é o facilitador que atua na solução consensual de conflitos na recuperação e na falência de empresas. Na França, a legislação não impõe uma formação específica para o mediador atuar neste segmento, entretanto, o país tem tradição consolidada na especialização desses profissionais que se reflete tanto na institucionalização do procedimento[10] (FRICERO et al., 2017, pp. 231-267) quanto na busca por certificações próprias ao ramo[11].

Em decorrência da conjuntura da pandemia, o governo francês lançou um plano de reforço à confiança entre os atores econômicos através da mediação. O Ministério da Economia do país apoia o oferecimento deste serviço de forma gratuita aos interessados[12] e o procedimento ocorre em formato eletrônico.

Nos processos de recuperação e falência, o mediador administra um conflito em que há falta de pagamento dos créditos pelo devedor por insuficiência de recursos. Mas, em geral, este evento é somado à várias situações que podem colocar em risco a viabilidade da empresa. O facilitador precisa trabalhar com todas essas questões colaterais para conseguir avançar na solução dos pontos chaves (ORTIZ, 2015, pp. 18-23).

Giulio Cesare Giorgini (2019, p. 200) aborda algumas estratégias para incentivar uma negociação produtiva – e, consequentemente, um bom andamento do procedimento de mediação em casos de recuperação judicial e falência.

Uma dessas estratégias diz respeito à determinação do valor da empresa. Segundo o autor, parece mais produtivo a divulgação de um valor realista tendo em vista que esta atitude deixa uma percepção positiva na(s) outra(s) partes. Esta abordagem é conhecida como negociação "ancorada".

---

[9] O termo "mediador concursal" é utilizado, sobretudo, pela doutrina dos países de língua espanhola.

[10] Alguns exemplos de mediação institucional na França: mediador de créditos às empresas; mediador da música, mediador da educação nacional; mediador do livro; mediador do cinema; mediador em matéria agrícola e mediador militar.

[11] Cf. *Formation Diplômante – certificat gestion des conflits et mediation en entreprise.*

[12] Cf. Le médiateur des entreprises. Renforcer la confiance entre les acteurs économiques. Disponível em < https://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises> acesso em 5 de janeiro de 2020.

Em 2020, a associação Uruguaiana de peritos apresentou um projeto de lei[13] que cria a figura do mediador concursal no país. Esta legislação permite que as empresas que se encontrem em estado de insolvência solicitem em sede judicial a composição consensual com seus credores e a consequente nomeação de um mediador de falência, o qual ajudará a gerir o conflito no prazo de noventa dias, durante o qual poderá ser assinado um acordo de reorganização privada.

Na exposição de motivos deste projeto de lei[14] consta que a figura do mediador da falência difere em seus poderes, funções e objetivos do síndico ou administrador judicial. O mediador não suplanta nem fiscaliza o devedor na administração de seu patrimônio, o qual conserva ao longo de toda a negociação a plena legitimidade para dispor de seus bens, direitos e obrigações.

O facilitador exerce um papel ativo na concretização do acordo de reorganização privada, promovendo a reaproximação das partes. Este incentivo ao uso de métodos adequados de solução de conflitos é especialmente necessário nas crises econômicas de pequenas e médias empresas, nas quais os devedores e credores não costumam ser agentes sofisticados nem têm acesso à assessoria jurídica e econômica especializada (CLARIGET; CIBILS; MILANS, 2020, pp. 107-108).

3. Uma tendência de especialização do mediador: Judiciário brasileiro e medidas para contenção da hiperjudicialização empresarial decorrente da Covid-19

Silvia Barona Vilar (2020, p. 785) destaca que as propostas que visam o impulso da consensualidade ainda estão enraizadas em uma cultura processual-litigiosa e fomentam de maneira pouco efetiva as vias extrajudiciais. A realidade

[13] Cf. Proyecto de ley Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial: se modifican disposiciones a la Ley 18.837, Repartido 147 (2020). Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Diputados, Uruguay, julho de 2020. Disponível em < https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/R01479327264.pdf> acesso em 6 de janeiro de 2020.

[14] Disponível em < https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/R01479327264.pdf> acesso em 6 de janeiro de 2020.

brasileira demonstra claramente este quadro uma vez que o Judiciário é que lidera as iniciativas para impulso à negociação e à mediação em ambiente eletrônico.

Uma outra tendência foi a especialização dos profissionais de gestão de disputas e dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania por área. Na Europa, os mediadores atuam conforme a sua especialidade, mas no Brasil, isso ainda não era uma prática nos CEJUSC. Uma novidade decorrente da pandemia foi o surgimento de centros específicos para o atendimento de questões empresariais como ocorreu no TJSP, TJPR, TJRJ e TJES.

O TJSP através do Provimento CG nº. 11 de 2020[15] criou um projeto piloto de conciliação e mediação pré processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos do Covid-19. O projeto abrange todas as varas empresariais da capital do estado de São Paulo e as sessões de composição são realizadas via a plataforma *Microsoft Teams*.

O TJPR também implementou um CEJUSC empresarial de forma experimental na comarca de Francisco Beltrão/PR[16]. A solicitação é feita por *email* e mesmo os empresários já em recuperação judicial podem requerer um procedimento consensual. Os atendimentos e as sessões ocorrem à distância.

Nessa mesma linha, o TJRJ através do ato normativo nº. 17/2020[17] dispôs sobre o regime especial de tratamento de conflitos relativos à renegociação prévia,

---

[15] TJSP. Provimento CG nº. 11 de 2020. Dispõe sobre a criação de projeto-piloto de conciliação e mediação pré- processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid- 19. Disponível em < https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CG_N11-2020.pdf> acesso em 22 de outubro de 2020.

[16] Cf. TJPR. "CEJUSC Recuperação Empresarial" é implantado na comarca de Francisco Beltrão, 4 de maio de 2020. Disponível em < https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/-cejusc-recuperacao-empresarial-e-implantado-na-comarca-de-francisco-beltrao/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jZB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2> acesso em 22 de outubro de 2020.

[17] TJRJ. Ato normativo nº. 17/2020. Dispõe sobre a implantação de projeto de Regime Especial de Tratamento de Conflitos relativos à renegociação prévia, à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia COVID-19. Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077812/ato-normativo-tj-n-17-

à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia.

O TJES instituiu por meio do ato normativo nº. 22/2020[18] o projeto especial de prevenção à insolvência de pessoas jurídicas de direito privado ou empresário individual em razão da crise sanitária decorrente do Covid-19 com vistas a auxiliar os agentes econômicos a superarem este quadro através da conciliação, negociação e mediação.

Em agosto de 2020, o CNJ publicou a Recomendação nº. 71[19] com o objetivo de estimular a criação centros judiciários de solução de conflitos e cidadania voltados especificamente à área empresarial em todo o país.

O artigo 7º da Recomendação prevê que o tribunal que implementar o Cejusc empresarial deverá providenciar a capacitação específica dos conciliadores e mediadores em matéria empresarial ou realizar o cadastro de câmara voltada a este domínio e também instituir no mesmo ato a remuneração e a forma de pagamento desses facilitadores empresariais.

A norma tem a natureza de recomendação e, assim, a sua adoção não é obrigatória pelos tribunais. Contudo, é preciso ressaltar este grande esforço do CNJ no sentido de impulsionar a negociação, a conciliação e a mediação para tratar as demandas empresariais tanto individuais quanto coletivas.

2020.pdf/4ebebb1d-3bfe-6fb0-e42c-7b4ab5f16e42?version=1.0> acesso em 22 de outubro de 2020.

[18] TJES. Ato normativo nº. 22 de 25 de junho de 2020. Institui o Projeto Especial de Prevenção à Insolvência de pessoas jurídicas de direito privado ou empresário individual em razão da pandemia da – Covid-19, visando o tratamento de conflitos relativos à negociação prévia em âmbito pré-processual de obrigações vencidas após o dia 05/03/2020, auxiliando os agentes econômicos a encontrarem, consensualmente, a solução adequada para a crise ocasionada pela Pandemia da Covid-19, através da conciliação, negociação e mediação. Disponível em < http://www.tjes.jus.br/corregedoria/2020/06/26/ato-normativo-conjunto-no-022-2020-disp-26-06-2020/> acesso em 22 de outubro de 2020.

[19] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 71 de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434> acesso em 21 de outubro de 2020.

Não obstante, esta é a primeira sinalização por parte do CNJ[20] quanto à especialização dos mediadores em um determinado domínio e, mais uma vez, reforça a necessidade de adequada contrapartida financeira ao trabalho realizado.

CONCLUSÃO

A primeira parte do artigo tratou sobre a indagação: como se desdobra a formação em mediação no Brasil e em locais em que a utilização do instituto é mais consolidada como na França, por exemplo? A formação do mediador no Brasil tem um caráter generalista e conta com duas etapas: uma teórica e outra prática, enquanto a capacitação francesa induz o mediador à uma especialização e se desdobra em três etapas: uma inicial em que o interessado é apresentado aos conceitos fundamentais e à dinâmica do procedimento. Uma segunda direcionada à prática profissional, em que o facilitador ganha experiência, personaliza a forma de trabalho e identifica seu nicho de interesse e uma terceira que o profissional se especializa no tratamento de um determinado tipo de conflito.

Esta dinâmica de aperfeiçoamento continuado é um desafio no Brasil tendo em consideração que os mediadores que exercem o seu ofício no âmbito judicial dificilmente são remunerados, em que pese exista normatização neste sentido. O mercado da mediação extrajudicial ainda é restrito e, por isso, o estímulo para o investimento contínuo na carreira diminuiu logo no início.

O segundo tópico da pesquisa trata propriamente da figura do mediador na recuperação e falência de empresas, o qual tem variantes de denominação na doutrina estrangeira. Este ponto procurou responder sobre à pergunta: quais são os aspectos gerais da atuação do mediador na recuperação e na falência? Neste setor o mediador atua em uma situação de dificuldade financeira da empresa e o volume de débitos a serem pagos costuma superar o dos créditos disponíveis. Contudo, o aspecto financeiro, em geral, não é o único entrave à continuidade dos negócios. Por vezes, o mediador precisa tratar as questões colaterais à dificuldade empresarial para conseguir avançar nos pontos fundamentais do caso.

[20] Cabe ainda destacar que desde 2019, por meio da recomendação n. 58 de 2019, o CNJ impulsiona de forma expressa que os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação.

Por fim, o estudo enfrentou o seguinte questionamento: no Brasil pode ser percebida alguma tendência de especialização na atuação do mediador? No país, este movimento partiu dos tribunais através da criação de CEJUSC específicos para atender essas demandas empresariais (em particular, casos envolvendo recuperação e falência) relacionadas à pandemia e do Conselho Nacional de Justiça através, por exemplo, da recomendação nº. 71. É plausível apostar que esta tendência de exigência de especialização, nos próximos anos, se expanda para outros tipos de conflitos como os familiares e os trabalhistas.

REFEFÊNCIAS

BARONA VILAR, S. Justicia civil post-coronavisrus, de la crisis a algunas de las reformas que se avizoran. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 12, maio 2020, pp. 776-787.

BORONAT, G.; RUIZ, D. Mediación mercantil: alternativa jurídica para las empresas. *Estrategia Financiera*, n. 329, pp. 25 – 26, 2015.

CLARIGET, B.; CIBILIS, D. M.; MILANS, F. R. El innovador rol del mediador en el proceso concursal. La gestión cooperativa de la insolvencia Revista de Derecho, nº. 22, pp. 90-111, 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Relatório da Comissão ao Parlamento europeu, ao Conselho e ao Comitê econômico e social europeu sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/EC relativo a certos aspectos da mediação civil e comercial. Bruxelas, 26 de agosto de 2016. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=EN> acesso em 3 de janeiro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 71 de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434> acesso em 21 de outubro de 2020.

_____ . Resolução n. 271 de 11 de dezembro de 2018. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015.

Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2780> acesso em 6 de janeiro de 2020.

ESPANHA. Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponível em < https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf> acesso em 4 de janeiro de 2020.

_____. Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. - Boletín Oficial del Estado de 28-09-2013. Disponível em < https://www.iberley.es/legislacion/ley-14-2013-27-sep-apoyo-emprendedores-internacionalizacion-12276646?utm_term=&utm_campaign=Iberley+dinámica&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=5957353488&hsa_cam=9308467168&hsa_grp=97006089000&hsa_ad=418120922137&hsa_src=g&hsa_tgt=dsa-874525822318&hsa_kw=&hsa_mt=b&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gclid=Cj0KCQiA3NX_BRDQARIsALA3fIIxOkWQ65A8O77zh-IiZ3CT6wO0AcZv09iv3__MGWgHafW3b5frOt4aArSoEALw_wcB> acesso em 6 de janeiro de 2020.

FRANCE STRATÉGIE. Entreprises en difficulté: quelle efficacité des procédures préventives? Disponível em < https://www.strategie.gouv.fr/publications/entreprises-difficulte-efficacite-procedures-preventives > acesso em 5 de janeiro de 2020.

FRICERO, N. et al. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*. Paris: Dalloz, 2017.

GARBY, T. *D'Accord ! Négociation/Médiation au 21e siècle*. Paris: ICC, 2016, pp. 70 e ss.

GIORGINI, G. Valeur de l'entreprise et droit de l'insolvabilité: de la théorie de la négociation aux negotiauctions. *Revue internationale de droit économique* v. 2, pp. 193-210, 2019.

Le Tribunal de l'Entreprise du Brabant Wallon, la Chambre de Commerce et d'Industrie du Brabant wallon (avec le soutien des acteurs économiques et associations d'entreprises du BW) et le Barreau du Brabant wallon collaborent pour offrir des solutions aux entreprises en difficultés, 11 de maio de 2020. Disponível em <https://www.uwe.be/entreprises-en-difficulte-dautres-solutions-existent-osez-la-mediation-dentreprise/> acesso em 4 de janeiro de 2020.

ORTIZ, A. Mediación concursal, una visión positiva. *Estrategia Financiera*, n. 329, pp. 18 – 23, 2015.

TJES. Ato normativo nº. 22 de 25 de junho de 2020. Institui o Projeto Especial de Prevenção à Insolvência de pessoas jurídicas de direito privado ou empresário individual em razão da pandemia da – Covid-19, visando o tratamento de conflitos relativos à negociação prévia em âmbito pré-processual de obrigações vencidas após o dia 05/03/2020, auxiliando os agentes econômicos a encontrarem, consensualmente, a solução adequada para a crise ocasionada pela Pandemia da Covid-19, através da conciliação, negociação e mediação. Disponível em < http://www.tjes.jus.br/corregedoria/2020/06/26/ato-normativo-conjunto-no-022-2020-disp-26-06-2020/> acesso em 22 de outubro de 2020.

TJPR. "CEJUSC Recuperação Empresarial" é implantado na comarca de Francisco Beltrão, 4 de maio de 2020. Disponível em < https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/-cejusc-recuperacao-empresarial-e-implantado-na-comarca-de-francisco-beltrao/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jZB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2> acesso em 22 de outubro de 2020.

TJRJ. Ato normativo nº. 17/2020. Dispõe sobre a implantação de projeto de Regime Especial de Tratamento de Conflitos relativos à renegociação prévia, à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia COVID-19. Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077812/ato-normativo-tj-n-17-2020.pdf/4ebebb1d-3bfe-6fb0-e42c-7b4ab5f16e42?version=1.0> acesso em 22 de outubro de 2020.

TJSP. Provimento CG nº. 11 de 2020. Dispõe sobre a criação de projeto-piloto de conciliação e mediação pré- processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid- 19. Disponível em < https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CG_N11-2020.pdf> acesso em 22 de outubro de 2020.

URUGUAI. Proyecto de ley Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial: se modifican disposiciones a la Ley 18.837, Repartido 147 (2020). Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Diputados, Uruguay, julho de 2020. Disponível em < https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/R01479327264.pdf> acesso em 6 de janeiro de 2020.

A INADEQUAÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO NA REALIDADE BRASILEIRA: provocações críticas a partir de Nancy Fraser e Judith Butler

Simone Vinhas de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina, Professora Assistente
Londrina, Brasil
vinhas@uel.br

Beatriz Kimura de Oliveira Mendes
Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina
Londrina, Brasil
beatriz.kimura@uel.com

Vinicius Gomes de Lima
Graduando em Direito na Universidade Estadual de Londrina
Londrina, Brasil
vinicius.gomes@uel.com

Resumo: O presente estudo se dedica a explorar o conceito de sujeito de direito, a partir de uma construção histórica de desenvolvimento do Direito Privado no Brasil. Nesse sentido, buscou-se por meio de uma problematização da lógica de desigualdade instituída por meio da colonização europeia, questionar os padrões impostos pelo colonizador no que diz respeito a construção do sujeito de direito burguês e europeu, que não se enquadra na realidade latino-americana e brasileira. Para tanto, articulou-se o pensamento das autoras Judith Butler e Nancy Fraser, que apesar de inseridas no contexto estadunidense, fornecem potencial teórico para a desconstrução do sujeito moderno. Os procedimentos e técnicas utilizadas na pesquisa foram levantamentos documentais e bibliográficos relativos à historicidade da formação jurídica nacional, buscando articular conhecimentos jurídicos e sociológicos com a realidade empírica. O resultado alcançado foi a identificação da necessidade de reformulação do conceito de sujeito para o Direito brasileiro, no conceito de autonomia, de modo que a experiência do sujeito ultrapasse as noções burguesas de propriedade, família e autonomia privada.

Palavras-chave: Sujeito de direito; Direito Privado; Desigualdade; Nancy Fraser; Judith Butler.

Abstract: The present study is dedicated to exploring the concept of subject of law, from a historical construction of the development of Private Law in Brazil. In this sense, we sought through a problematization of the logic of inequality instituted through European colonization, questioning the patterns imposed by

the colonizer of the subject of bourgeois and European law, which does not fit the Latin American and Brazilian reality. To this end, the thoughts of the authors Judith Butler and Nancy Fraser, who, although inserted in the American context, provide theoretical potential for the deconstruction of the modern subject were articulated. The procedures and techniques used in the research were documentary and bibliographic surveys related to the historicity of national legal formation, seeking to articulate legal and sociological knowledge with empirical reality. The result achieved was the identification of the need to reformulate the concept of subject to Brazilian law, in the concept of autonomy, so that the subject's experience exceeds the bourgeois views of property, family and private autonomy.

Key-Words: Subject of law; Private Law; Inequality; Nancy Fraser; Judith Butler.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar o sujeito de direito na conceituação histórica, construída pela experiência do Direito Privado no Brasil a partir do colonialismo brasileiro até a contemporaneidade, e as possibilidades de desconstrução teórica por um viés crítico.

O conceito de sujeito, na contemporaneidade, demanda uma diversidade desestruturante para compreender uma construção do Direito mais ampla, para reconhecer uma pluralidade de sujeitos sociais. Isto porque o conceito de sujeito moderno europeu não consegue compreender a diversidade latinoamericana somente pelos seus paradigmas.

Neste contexto, verificamos algumas teorias que identificaram, ainda na realidade estadunidense, essa percepção que desestrutura o conceito moderno de sujeito, daquele que socialmente atinge *status* de destinatários de direitos. Para isso, contribuíram as teóricas feministas, contra o identitarismo estruturante, Judith Butler no conceito de performatividade e Nancy Fraser corroborando com a desconstrução do identitarismo, nas teorias sobre reconhecimento.

A partir disso, podemos justificar essa pesquisa na investigação sobre qual sujeito de direito privado identificamos, tendo em vista sua emancipação, para além dos conceitos de propriedade privada, família e religião – concebidos à luz da modernidade.

Nos primeiro e segundo tópicos, desenvolvemos a historicidade no Brasil sobre o conceito de sujeito de direito, demarcando com isso as estruturas de opressão no modelo escravagista, desvirtuando o conceito de sujeito moderno

europeu. Importante ressaltar que os conceitos do sujeito advindos da tradição europeia foram deturpados no continente americano, especialmente no contexto brasileiro, pelos próprios europeus colonizadores.

Eis que a ideia de uma sociedade escravagista, no modelo mercantilista, foi forjada no continente europeu, para exploração das Américas colônias.

No terceiro tópico, investigamos duas autoras norte-americanas que, a partir de uma luta de emancipação das mulheres e dos corpos, vislumbraram teorias que analisam o processo de construção dos direitos humanos e, assim, podem contribuir a partir de outros olhares com a construção de um novo sujeito ou da desconstrução do sujeito moderno para o Direito – especialmente, para aquele exercido pelas pessoas. Em outras palavras, como poderíamos desconstruir o sujeito da modernidade.

A hipótese do trabalho é a possibilidade de vislumbrar, a partir de uma perspectiva teórica, uma renovação do sujeito de direito por meio de uma coletividade, que envolve uma ação política que não se desconecta com a sua individualidade.

Para isso, investigamos documentos históricos, conceitos teóricos e experiências que podem construir os dados que compõe a presente pesquisa. A metodologia utilizada foi a de exploração de dados bibliográficos, na verificação destes a partir da experiência brasileira, para alcançar os conceitos teóricos trabalhados. Neste sentido, o método foi o indutivo hipotético.

O resultado encontrado é a necessidade de reformulação do sujeito privado para o Direito brasileiro, no conceito de autonomia, eis que a experiência do sujeito ultrapasse as noções burguesas de propriedade, família e autonomia privada.

1. O conceito de sujeito de direito no Brasil colonial

A investigação da categoria sujeito, no campo do Direito Privado brasileiro, pode ser verificada pelo viés histórico de identificação dos fatores que influenciaram sua construção. Partindo da compreensão da cultura jurídica moderna da Europa Ocidental, observamos os elementos estruturantes daquilo que se convencionou nomear como *sujeito de direito*.

Sujeito, no sentido atribuído pela lógica ocidental-europeia, é uma acepção que quase se confunde com o significado da modernidade e se caracteriza como alguém destinatário de direitos e deveres. Este "alguém", no entanto, é um ser determinado por conjunturas políticas, sociais, culturais e econômicas, de modo que uma melhor definição seria atribuir a palavra "homem" para exprimir o significado moderno do conceito. De forma crítica, pensemos no *sujeito* como produto da construção iluminista: o homem branco, europeu, racional e burguês.

Por seguir uma tradição jurídica imposta pelos colonizadores europeus, o direito brasileiro, desde a colonização até a contemporaneidade, reproduz, de certo modo, a concepção de sujeito lapidada a luz da modernidade europeia, sem considerar as diferenças sociais, econômicas e políticas do contexto nacional.

A problemática se assenta no fato de que no papel de nação colonizada, a visão de sujeito imposta pelos colonizadores europeus tem dificuldade de oferecer uma perspectiva emancipatória a grupos sociais não enquadrados na tríade homem-branco-burguês.

A investigação, então, busca expor a necessidade de crítica à construção do sujeito no âmbito do direito privado brasileiro, a partir de um paradigma emancipatório que contemple os sujeitos não enquadrados como detentores de direitos.

A cultura jurídica brasileira está intimamente relacionada ao processo de exploração econômico-colonial portuguesa. Dada a condição de nação colonizada, o Brasil teve por imposição a instituição de práticas jurídicas relacionados à lógica europeia, a partir de um projeto totalizante do colonizador, que instituiu um modelo econômico baseado, inicialmente, no extrativismo vegetal e mineral e, posteriormente, na monocultura de exportação.

Tal empreitada econômica, envolveu três etnias principais para a efetivação do projeto econômico de exploração: o branco português, na condição de explorador capitalista da nova terra, os povos indígenas como indivíduos originários que careciam de catequização e os negros africanos, como mão-de-obra escrava para o trabalho exigido pelos latifúndios monocultores. Conforme explicam Cristiani e Wolkmer (2006), diante de posições sociais bem determinados no trabalho da colônia, os exploradores brancos, por óbvio, obtiveram um posto privilegiado na formação jurídica do Brasil, de modo que relegaram aos negros e aos indígenas o *status* de objeto. Aos negros foi imposto apenas a exploração de

sua mão-de-obra por meio do trabalho escravo e aos índios a classificação como *res* dos colonizadores.

Ainda que as contribuições culturais dos diversos povos indígenas e africanos tenha formado uma identidade sociocultural brasileira, o Direito desenvolvido na colônia foi exclusivamente moldado pelos brancos colonizadores, que o conformaram de acordo com suas necessidades e concepções de mundo.

Dessa forma, o ponto de partida da categoria sujeito no Direito colonial, é definido pela exclusão sistemática e estrutural de negros e índios, de modo que o sistema jurídico os classificavam como coisa e, portanto, como parte integrante dos direitos patrimoniais.

A subjugação destes povos, a partir de marcadores sociais de etnia e classe, era reiterada pela característica excludente dos sistemas de justiça do Brasil colonial: a estrutura judiciária constituída por Portugal implicou em uma associação entre burocratas portugueses e a elite econômica local para manutenção de privilégios dos brancos e segregação da população negra e indígena.

Como narram Cristiani e Wolkmer (2006, p. 301)

> A aproximação entre essa elite e os magistrados que aqui aportavam foi, desde logo, devidamente providenciada. Só que os objetivos almejados não eram o de formar uma vontade local unívoca que representasse os interesses de toda a Colônia, que protegesse também, o indígena e o negro e seus direitos respectivos. O acordo "por cima" visava à troca de favores entre os agentes jurídicos vindos da Metrópole e a elite dominante da Colônia.

Dada a especificidade da estruturação excludente do conceito sujeito de direito no âmbito colonial brasileiro, passamos a investigar de forma crítica, como a perspectiva do sujeito da modernidade influiu na criação de um modelo emancipatório restrito a perspectiva burguesa, europeia e individualista.

2. O sujeito moderno e a inadequação com a realidade brasileira

O sujeito na cultura moderna ocidental é identificado pela narrativa da pessoa humana no contexto da emergência dos direitos liberais da Europa Ocidental do século XVII e XVIII.

A narrativa ocidental é marcada pelo discurso capitalista burguês da positivação das cartas de direitos liberais, tais como a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

(1789). A partir dessa realidade, é constituído uma noção de sujeito que caminha ao lado da racionalidade, de modo que há uma decorrência lógica entre razão e a capacidade para ter direitos.

Evidentemente, os direitos atribuídos a este sujeito são de ordem liberal e estão positivados em circunstâncias inseridas no sistema de produção capitalista, de formação dos Estados-Nacionais e da defesa do direito natural a propriedade privada, a liberdade e a igualdade entre sujeitos (WOLKMER, 2015, n.p.).

A projeção de liberdade a partir do espectro universal da modernidade reflete, em verdade, uma conceituação que atendia aos interesses da burguesia europeia economicamente dominante. As demandas desse segmento social específico desejam proteção do livre mercado e a máxima garantia da propriedade privada:

> Por detrás dessas enunciações solenes, gerais e humanistas de direitos, ocultavam-se discursivamente conceituações estreitas, abstratas e contraditórias. Tratava-se de direitos idealizados para um homem burguês, racional e individualista. A assertiva de que todos os homens seriam livres e iguais não se aplicava aos sujeitos subalternos das colônias da América Latina, África e Ásia (WOLKMER, 2015, n.p.).

Retomando a discussão do tópico anterior, a condição específica de exploração e desigualdade estabelecida no Brasil Colônia – na qual indígenas e negros foram relegados a condição de objeto e detinha status de sujeito de direito somente o colonizador europeu – reflete a problemática conceituação sócio-histórica do sujeito da modernidade, que serve como quesito emancipatório somente para o homem europeu e burguês.

Como bem ressalta Bragato apud Wolkmer (2015, n.p):

> [...] o protótipo da natureza humana não era apenas masculino, mas também branco e ocidental, porque somente os seres humanos com essas características cabiam na ideia de racionalidade. Os outros – mulheres, estrangeiras, colonizados, negros – estavam excluídos da humanidade, em função de seu padrão de racionalidade inferior em relação aos portadores dos atributos capazes de incluir um ser na categoria de humanidade.

Desta tradição europeia excludente, desenvolve-se um Direito Privado nacional deturpado no ponto de aplicação dos valores de liberdade igualdade e autonomia. Há, na realidade, uma segregação daqueles que são detentores de direitos e daqueles que não são. Essa divisão não se limita ao período colonial e a negros e povos indígenas, mas envolve também desigualdades de gênero e de classe que se perpetuaram na estrutura social brasileira. O direito, especificamente

o Direito Privado, não se destina às mulheres, pessoas pobres, LGBTs, quilombolas, ribeirinhos, imigrantes, dentre outros. Ainda na atualidade, prevalece um sistema jurídico que nega autonomia a esses grupos, justificado pela lógica burguesa e eurocêntrica da modernidade.

A autonomia, conceito amplo enraizado no Direito Privado, é uma desconhecida dos grupos brasileiros subalternizados. Ao tratar de autonomia, a tradição jurídica nacional relegou o conceito ao campo patrimonial e negocial das discussões cíveis, fortalecendo um processo de apagamento e exclusão de negros, pobres, indígenas e mulheres, em ação que não muito difere dos tempos coloniais quando esses mesmos grupos eram classificados como coisas.

Deste modo, partindo da inadequação do sujeito moderno à perspectiva brasileira e latinoamericana, o estudo pretende identificar na teoria das autoras Nancy Fraser e Judith Butler perspectivas críticas para possibilitar quadros de emancipação no contexto social brasileiro.

3. A crítica ao sujeito da modernidade em Judith Butler e Nancy Fraser

Neste ponto, desenvolveremos a construção do sujeito para as autoras estadunidenses Judith Butler e Nancy Fraser, que apresentam bases teóricas e propostas divergentes entre si, mas elaboram uma crítica ao sujeito racional e universal da modernidade. Esta análise nos permitirá observar, de forma crítica, o sujeito de direito pautado e regulamentado pelo Direito privado brasileiro.

Ao desenvolver sua crítica ao sujeito universal, Judith Butler analisa a função normativa da representação, o que pautaria um sujeito modelo a ser receptáculo de tal representatividade a qual "revelaria ou distorceria o que é tido como verdadeiro sobre a categoria das mulheres" (BUTLER, 2019, p. 18). Nesse contexto, a autora identifica que a teoria feminista, a fim de alcançar visibilidade política das mulheres, elaborou uma linguagem capaz de representar às mulheres a partir de um modelo universal. E, então, Butler apresenta a seguinte crítica:

> A crítica feminista também deve compreender como a categoria das "mulheres", o sujeito do feminismo, é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais se busca emancipação. [...] Certamente a questão das mulheres como sujeito do feminismo suscita a possibilidade de não haver um sujeito de se situe "perante" a lei, à espera de representação na lei ou pela lei. (BUTLER, 2019, p. 20)

Essa discussão proposta por Butler nos permite identificar a problemática de construção de um sujeito universal, ao qual se possa atribuir generalizada representatividade a outros, deixando-se apartado características que individualizam cada sujeito, os marcadores sociais que os permeiam. Também, a autora expõe o caráter discursivo da construção dos sujeitos hipotéticos, representativos, os quais reproduzem e mantém a estrutura de opressão e de dominação por parte das relações de poder – ressalte-se que a autora trabalha a partir da perspectiva foucaultiana de relações de poder, que poderíamos entender como uma situação estratégica complexa que opera em sociedade determinada, a manifestação do poder no campo social e que se apresenta a partir de inúmeros pontos e em meio a relações desiguais e móveis (FOUCAULT, 2020, p. 101 e 102).

Judith Butler tem forte influência do pensamento construído por Foucault e, assim como este filósofo, centra seus estudos no corpo e na linguagem que se manifesta através daquele. A autora rompe com a dicotomia entre mente e corpo, a qual estrutura uma hierarquia entre os sujeitos. Sobre essa questão, Butler explana:

> Na tradição filosófica, que se inicia em Platão e continua em Descartes, Husserl e Sartre, a distinção ontológica entre corpo e alma (consciência, mente) sustenta, invariavelmente, relações de subordinação e hierarquia políticas e psíquicas. A mente não só subjuga o corpo, mas nutre ocasionalmente a fantasia de fugir completamente à corporificação. […] Resulta que qualquer reprodução acrítica da distinção corpo/mente deve ser repensada em termos da hierarquia de gênero que essa distinção tem convencionalmente produzido, mantido e racionalizado. (BUTLER, 2019, p. 35)

A partir das colocações trazidas por Butler sobre a representação e sobre a dicotomia entre corpo e alma, sua crítica à teoria feminista e ao sujeito racional elaborado pela tradição cartesiana, a autora identifica a matriz cultural do gênero, ou seja, os paradigmas que estabelecem o discurso hegemônico sobre as categorias sexo, gênero e sexualidade. Para Butler, esta matriz corresponderia à heterossexualidade e ao falocentrismo. Como esclarece Cirino (2017), a heterossexualidade corresponde a:

> […] o discurso hegemônico que busca estabelecer uma unidade em torno das posições binárias homem/mulher e excluir posições homossexuais, criando uma falsa estabilidade entre sexo, gênero e desejo. Já a heteronormatividade é o conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle para a naturalização e imposição da heterossexualidade. (CIRINO, 2017, p. 109)

A regulamentação do discurso, para Butler, se estruturaria na heteronormatividade, a qual seria "a norma disciplinar fundamental da identidade de gênero, [...] que estabelece a heterossexualidade como princípio regulatório da sexualidade", como explica Cyfer (2017, p. 252). Desta forma, seria pelo aparato da heteronormatividade que a matriz cultural se difundiria no campo social, tomando os corpos e disciplinando-os. A prática reiterada dos atributos de gênero, necessários para a materialização social do sujeito, dentro dos limites da heteronormatividade é chamada por Butler de performatividade. A autora afirma que a externalização do gênero não seria fruto de genuína vontade do individuo, seria, entretanto, performativo, como explica Cirino:

> Longe de ser a expressão da vontade do sujeito, são performativamente formados, ou seja, são compulsoriamente constituídos a partir de um processo complexo de reiteração de normas que mascaram o conteúdo opressor da heterossexualização. Esses critérios normativos, conforme ressalta Judith Butler (2002, p. 93), não devem ser entendidos meramente como imposições epistemológicas sobre os corpos, mas como os ideais regulatórios sociais específicos mediante os quais se formam, modelam e configuram os corpos. Trata-se, portanto, de um esquema corporal que não se limita a uma mera imposição sobre os corpos já formados, mas é uma parte da própria formação dos corpos (CIRINO, 2017, p. 111).

Ressalte-se que Butler trabalha com dois conceitos: *performatividade* e *performance de gênero*. As duas categorias diferem entre si, sendo performatividade a prática reiterada dos atributos de gênero a partir do discurso hegemônico, enquanto performance parte constitutiva do gênero no campo social. Assim, como esclarece Cyfer, Judith Butler observa que a performance conforme a heteronormatividade (performatividade) é responsável por criar uma ilusão de femininos e masculinos naturais, de forma que a desconstrução da identidade "natural" do sujeito universal reside também na performance deste; a dissonância entre as categorias de sexo, gênero e sexualidade expõe a estrutura que circunda o discurso hegemônico (CYFER, 2017, p. 253).

Nesta toada, Butler rejeita a ideia de um sujeito pré-discursivo, considerando sua formação a partir e dentro dos limites do discurso. Como explica Cyfer,

> […] sua influência foucaultiana lhe leva a admitir que não há um sujeito anterior à norma que, ao mesmo tempo em que se subordina a ela, decide deliberadamente cumpri-la ou descumpri-la. Escrevendo de uma perspectiva não iluminista, e pós-liberatória (como diz a autora), Butler recusa a ideia de que haja um agente antes da ação. (CYFER, 2017, p. 255)

Para Butler, a constituição do sujeito ocorre no mundo social, a partir de um movimento de subjetivação reflexivo, na mesma construção em que segue Foucault. Na mesma medida em que a norma opressora molda o sujeito e lhe confere existência, também o subordina ao discurso operado pelo poder; neste sentido, é possível que a ressignificação da linguagem confira ao sujeito a desconstrução e desestabilização do sistema hegemônico (CYFER, 2017, p. 258). A proposta da autora para a rompimento com o discurso opressor, esclarecemos, se constrói em duas fases. Inicialmente, a ressignificação e desconstrução dos paradigmas impostos pela heteronormatividade e das categorias de sexo, gênero e sexualidade, para, após, a subversão total com estes, de forma a descategorizar os sujeitos.

Nancy Fraser busca compreender o movimento feminista a partir de suas demandas e, para isto, a autora elabora a teoria tridimensional de demandas, diante da análise dos movimentos sociais, que seria representada pelas categorias de *redistribuição*, *reconhecimento* e *representatividade*. Fraser propõe, como esclarecem Damião e Carloto (2017, p. 7), um marco teórico que fuja a distinções ortodoxas entre opressões de base e superestruturais, e afirma que o significado mais amplo de justiça seria a participação paritária entre os sujeitos no campo social.

Fraser partirá do que chama de *paradigma popular* e, como explica Cyfer (2017, P. 263), intenta demonstrar que redistribuição e reconhecimento não constituem paradigmas distintos, sendo dois aspectos de um mesmo paradigma de justiça – faz-se a ressalva de que a autora não tinha a pretensão de fundir tais categorias, entretanto, de pautá-las para vislumbrar uma possibilidade de emancipação de grupos sociais, que padecem ou da desprivilegiada situação econômica ou social e cultural.

Passamos, então, a analisar cada dimensão da teoria desenvolvida por Fraser. Ao falar de redistribuição, a autora trata da estrutura econômica e estuda a injustiça distributiva da riqueza e poder entre certos grupos sociais, como ocorre com mulheres em razão de uma diferenciação distributiva pautada pelo gênero (DAMIÃO, CARLOTO, 2017, p. 7). Para a superar a exploração de classe, como explica Oliveira (2020, p. 45) ao discorrer sobre a teoria de Fraser, "seria necessária uma reestruturação da economia política de modo a alterar a distribuição de vantagens e ônus. O remédio para essa injustiça seria, então, excluir o proletariado como um grupo distinto".

A segunda dimensão, o reconhecimento, encontra sua problemática na ordem de *status* da sociedade. Esta categoria expressa o "mau-enquadramento",

que, como esclarece Cyfer, corresponderia a uma "morte política", uma vez que certos sujeitos ou grupos sociais estariam impossibilitados de protagonizar a reivindicação normativa que assegura a condição de cidadão, de forma que seriam "não pessoas" em relação à justiça (CYFER, 2017, p. 267). Cerne do reconhecimento se encontra na hierarquia de status entre os grupos, de forma a subordinar alguns em relação a outros, no falso reconhecimento de uma parcela em detrimento de outra.

Quando analisamos a terceira dimensão da teoria de Fraser, a representação, está relacionada ao aspecto político, à natureza da jurisdição do Estado e das normas e regramentos decisórios que permeiam as disputas sociais (DAMIÃO, CARLOTO, 2017, p. 8). Assim, a representação se colocar como instrumento para a luta nos campos da redistribuição e reconhecimento, uma vez que expõe e viabiliza a discussão política de minorias sociais. Neste sentido, explicam Damião e Carloto:

> Afinal, como pensar em emancipação sem que todas as opressões sejam levadas em consideração? Se a emancipação humana é a emancipação do todo, e nesse todo existem desigualdades, é nosso dever pensar sobre elas e as colocar em evidência a fim de que a emancipação humana abarque todas as diferenças – tanto de classe, quanto de sexo e raça/etnia. (DAMIÃO, CARLOTO, 2017, p. 8)

Sobre a crítica feita a Nancy Fraser, com relação à dicotomia entre os conceitos de redistribuição e reconhecimento, é preciso esclarecer que integrar e aliar tais categorias não significa fundi-los; significa, entretanto, "condicionar a validade das demandas por reconhecimento a um princípio de justiça igualitário" (CYFER, 2017, p. 268). E, caminhando neste sentido, podemos encontrar, inclusive, um ponto de convergência entre as críticas formuladas por Butler e Fraser, como bem esclarece Cyfer:

> Para Fraser, políticas de identidade são problemáticas porque a afirmação da diferença tende a ser excludente. Daí seu argumento de que é preciso incorporar a desconstrução da identidade, tal como formulada por Butler, à demanda feminista. […] Fraser defende que a ênfase no reconhecimento ou na redistribuição depende da injustiça que deve ser corrigida. No caso do apartheid na África do Sul, por exemplo, a ênfase teve de ser no reconhecimento. No entanto, o remédio adequado para garantir o reconhecimento não esteve focado na valorização da identidade negra, mas sim na cidadania universal não-racializada. (FRASER apud CYFER, 2017, p. 269)

Para Fraser, existe uma problemática que circunda as políticas identitárias, porque, ao expor diferenças e individualidades entre os grupos sociais,

tende-se a ser excludente. Como esclarece Cyfer, é possível trabalhar a partir das particularidades de cada sujeito, entretanto, com a finalidade de igual entre os indivíduos, não em nome da identidade. Essa análise é que permitirá identificar em qual dimensão de sua teoria há uma ausência de paridade de participação política entre os outros, por determinado sujeito.

CONCLUSÃO

O sujeito de direito brasileiro, especificamente no campo do Direito Privado, foi construído a partir de perspectivas burguesas – como analisado nos primeiro e segundo tópicos – e eurocêntricas, de forma que é aquele detentor de propriedade privada e agente nas possibilidades negociais. O estabelecimento da autonomia privada, dissociando-a da esfera pública e de suas problemáticas, deturpou propositadamente o destinatário de direitos e deveres pautado pela estrutura normativa.

A categorização de sujeito de direito correspondente ao homem, branco, heterossexual e burguês, possibilita a exclusão de outros indivíduos que questionem a possibilidade de existência a partir de paradigmas divergentes – a partir das categorias de gênero, raça, etnia, sexualidade e outros marcadores sociais.

Retomando os conceitos desenvolvidos pelas autoras norteamericanas Judith Butler e Nancy Fraser, é possível notar a confluência na crítica ao identitarismo e à universalização do sujeito nos movimentos sociais, desconsiderando as suas particularidades. O resultado pretendido com a pesquisa se apresenta a partir da percepção de um cenário nacional de conflitos que emergem dos movimentos sociais relativos ao reconhecimento de direitos nas relações sociais contemporâneas.

Podemos verificar que esses conflitos se expressam nas demandas dos movimentos sociais e difundem a ideia de permanente processo de construção na esfera pública, que envolve as disputas na forma de distribuição do poder político e econômico na sociedade e se refere aos modelos sistema de direito e à distribuição de justiça.

Isto significa que a presença desses conflitos ocupa a agenda de trabalho de instituições públicas, privadas, organizações não governamentais compondo uma inter-relação numa dimensão de contenda de luta por direitos. Nesse aspecto, a resolução de conflito sugere uma interlocução política de todos os atores que são

afetados e pode ser utilizada pelos poderes institucionais constituídos e pela sociedade civil organizada para a propulsão de canais de participação institucionalizado no sistema de direito e distribuição de justiça.

Sendo assim, o estudo se explana sobre uma realidade de propulsão de demandas envolvendo o conflito social, resultado da luta política contra o poder econômico e político instituído. A pesquisa revela a importância particular de evidenciar a construção de uma institucionalização de canais de participação popular, no sistema de justiça, e com isso propiciar o melhoramento do aparato de resolução de conflito no cenário nacional por meio do aprimoramento teórico sobre autonomia.

Nesse sentido, o conceito a autonomia privada, diante da conflitualidade dos movimentos sociais, e sob a perspectiva crítica de Fraser e Butler sobre sujeito moderno universal, sugere que essa renovação significa as novas formas de narrativas dos desenvolvimentos históricos, bem como compreender a constituição dos paradigmas liberais e suas implicações para o direito privado.

Por outro lado, a resolução da conflitualidade dos movimentos sociais pode ser investigada como hipótese de ampliação da participação social com a interlocução de todos os atores que são afetados pela conflitualidade dos movimentos sociais.

Ao refletirmos sobre as possibilidades de expansão dos debates de interesse social e formulação de novos paradigmas para o sistema de direito, temos a proposição de avaliar as formas de aprimoramento dos sistemas de justiça no Brasil a partir da reflexão crítica proposta pelas autoras norteamericanas. Há, com isso, a desconstrução desse sujeito universal de forma estrutural.

Diante dessa conjectura, a provocação pretendida nesse estudo é encontrar fundamentos teóricos para a autonomia privada, para comportar uma participação ampla e protagonista dos litigantes do conflito social, abarcando o papel da intersubjetividade para encontrar elementos para a renovação da teoria de direito privado.

REFEFÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17. ed. Traduzido por Renato Aguiar. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2019. Tradução de: Gender Trouble – Feminism and the Subversion of Identity.

CIRINO, Samia Moda. **(Des)Construção da identidade de gênero: inserção crítica ao sujeito do feminismo e o reconhecimento do trabalho da mulher**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2017.

CYFER, Ingrid. **Feminismo, identidade e exclusão política em Judith Butler e Nancy Fraser**. Ideias, Campinas, SP, v. 8, n. 1, p. 247–274, 2017. DOI: 10.20396/ideias.v8i1.8649783. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649783. Acesso em: 11 jan. 2021.

DAMIÃO, Nayara André; CARLOTO, Cassia Maria. **A contribuição de Nancy Frases para a construção da emancipação das mulheres**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress, Florianópolis, SC, ISSN 2179-510X, 2017. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/site/anaiscomplementares. Acesso em 12 jan. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. 10. ed. Traduzido por Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Guerra, 2020. Tradução de: Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir.

OLIVERA, Simone Vinhas de. **Mulheres camponesas e seus quintais agroecológicos sob a perspectiva da teoria da justiça social de Nancy Fraser.** 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; CRISTIANI, Claudio Valentim. **Fundamentos de história do direito.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL E EM PORTUGAL: uma análise dos impactos da Reforma Pombalina nos ensinos de Coimbra, São Paulo e Olinda

Cora Hagino
Universidade Federal Fluminense
Pós-doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
corahisae@hotmail.com

Fernando Gama de Miranda Netto
Universidade Federal Fluminense
Docente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
fernandojuris@yahoo.com.br

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo estudar o ensino do direito, em especial as mudanças promovidas pela Reforma Pombalina e seus impactos no ensino do direito português e nas primeiras faculdades de direito do Brasil. A justificativa da pesquisa se baseia na necessidade de estudo do ensino do direito comparado de Portugal e do Brasil a fim de se verificar como os preceitos da Reforma de Pombal repercutiram no ensino do direito de ambos os países. Metodologicamente, foram utilizadas as seguintes técnicas de investigação: análise documental e estudo comparado. Em relação à investigação, o ensino do direito de Coimbra foi analisado ao longo da história, da Reforma Pombalina ao fim do século XIX, com foco nos códigos educacionais: currículo e pedagogia. E, ainda, foi estudada a implantação das primeiras Faculdades de Direito do Brasil (São Paulo e Olinda) e os traços da Reforma de Pombal neste novo ensino. Como resultado pôde-se perceber que o sucesso da Reforma Pombalina a fez resistir ao longo do tempo. Foi nos estudos jurídicos que a racionalização e a formalização do ensino encontraram espaço para se desenvolverem. Deste modo, as transformações ocorridas no ensino jurídico pela Reforma Pombalina perduraram pelos anos seguintes e foram exportados para o Brasil por meio de juristas formados em Coimbra e pelas novas faculdades de direito brasileiras.

Palavras-chave: ensino do direito; Reforma Pombalina; faculdades de direito; cultura jurídica.

Abstract: This research has as its objective to study the legal education, especially the changes promoted by the Pombaline Reform and its impacts on Portuguese legal education and in the first law schools in Brazil. The research justification is based on the need to study the teaching of comparative law in Portugal and Brazil with the aim of verifying how the precepts of the Pombal Reform had an impact of the legal education in both countries. Methodologically, the following

investigation techniques were used: document analysis and comparative study. In relation to research, the teaching of law in Coimbra has been analyzed throughout history, from the Pombaline Reform to the end of the 19th century, with a focus on educational codes: curriculum and pedagogy. And yet, the implementation of the first Law Schools in Brazil (São Paulo and Olinda) and the features of the Pombal Reform in this new education were anayzed. As a result, it was possible to realize that the success of the Pombaline Reform made it resist over time. It was in legal studies that the rationalization and formalization of teaching found space to develop. In this way, the transformations that took place in legal education by the Pombaline Reform lasted for the following years and were exported to Brazil through lawyers trained in Coimbra and by the new Brazilian law schools.

Key-Words: legal education; Pombaline Reform; law schools; legal culture.

INTRODUÇÃO

Para se compreender o ensino do direito na atualidade no Brasil é preciso voltar alguns séculos atrás e estudar a Reforma Pombalina. Esta Reforma que ocorreu em Portugal no século XVIII, trouxe uma mudança paradigmática no direito e consequentemente em seu ensino. O pensamento moderno, a racionalização e o iluminismo transformaram a educação jurídica no fim do século XVIII em Portugal e as primeiras faculdades de direito portuguesas: São Paulo e Olinda (que se mudaria para Recife posteriormente).

O objetivo da investigação científica é analisar o ensino do direito, em especial as mudanças promovidas pela Reforma Pombalina e seus impactos no ensino do direito português e brasileiro.

A justificativa da pesquisa se baseia na necessidade de estudo do ensino do direito comparado de Portugal e do Brasil a fim de se verificar como os preceitos da Reforma de Pombal repercutiram no ensino do direito de ambos os países.

Metodologicamente, foram utilizadas as seguintes técnicas de investigação: análise documental e estudo comparado. Em relação à investigação, o ensino do direito de Coimbra foi analisado ao longo da história, da Reforma Pombalina ao fim do século XIX, com foco nos códigos educacionais: currículo e pedagogia.

A seguir serão analisados os debates e as fundamentações que geraram a Reforma Pombalina e suas principais alterações em termos curriculares, pedagógicos no ensino de Coimbra. Esta Reforma transformou profundamente o ensino do direito em Portugal no século XVIII e XIX, fundamentou a criação dos novos cursos jurídicos no Brasil e impactou a formação de juristas brasileiros no século XIX.

1. O ensino nas Faculdades de Leis e Cânones da Universidade de Coimbra antes da Reforma Pombalina

Do mesmo modo que Portugal possuía seu rei, seu governo e seu exército, tinha também sua universidade: a Universidade de Coimbra[1]. A atual Faculdade de Direito de Coimbra durante o século XVIII estava dividida em duas faculdades: Cânones e Leis.

Durante o século XVIII havia uma crise no ensino da universidade em Portugal em razão do estado de decadência da Universidade de Coimbra. E em meados do século XVIII o ensino universitário passou a ser duramente criticado por distintos setores sociais em razão do fechamento da universidade à razão moderno-iluminista, apesar do avanço do iluminismo na legislação pátria através da Lei da Boa Razão de 1769 (MASSAÚ, 2010, p. 170).

Neste momento da história, as ideias iluministas começavam a adentrar em Portugal, através de Luís António Verney. Este autor iluminista criticava o ensino na Faculdade de Leis e de Cânones em razão das orientações bartolistas[2] e escolásticas[3]. Verney propunha também um outro método de ensino do direito: o expositivo-sintético-compendiário do jurista alemão Heineccius.

Para Verney, o jurista com uma boa formação deveria saber:

---

[1] A Universidade de Coimbra foi a primeira instituição científica do Estado Nacional português e formava cerca de uma centena de estudantes anualmente no decorrer do século XVIII, chegando ao final do mesmo século a quase duas centenas de alunos (CRUZEIRO,1988, p. 166).

[2] O Bartolismo era a teoria concebida por Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), que foi um dos principais jurisconsultos do período medieval e membro da Escola dos Comentadores. Sua influência no campo jurídico durou até o século XVIII, se tornando conhecida a expressão: "ninguém é jurista, se não for bartolista".

[3] A escolástica se define por ser um método de pensamento dominante no ensino das universidades medievais, que buscava articular o cristianismo com a razão, deste modo, era ao mesmo tempo uma filosofia e teologia.

> [...] Do Jurisconsulto em comum, que deve saber, o direito da Natureza, e das Gentes; a Istoria das antiguidades Romanas: a istoria da sua Republica, e Leis. Nem só isso: mas deve também ter noticia, da Teologia, e Canones; para poder conciliar, o Sacerdocio com o Imperio; nam usurpando, nem ofedendo o ius de terceiros. No que pecam alguns Jurisconsultos, que contantoque aumentem, os direitos do Principe, nam reparam, nem fazem cazo, dos direitos da Igreja. Alem diso, deve ter boa critica, para interpretar as Leis: noticia das Leis dos outros Reinos, para conhecer quais, sam as justas etc. arte Oratoria, para persuadir o que quer, e deve: e grande conhecimento dos afectos do animo, vicios, virtudes, etc. lendo muitos livros de Officiis e outros semelhantes etc. Esta em breve é a imagem, de um verdadeiro Jurisconsulto: e estas noticias podem servir na cadeira e no Foro (VERNEY, 1746, p. 193 *apud* MARCOS, 2008, p. 41).

Neste contexto, foi implementada uma Junta de Providência Literária em 1770, que tinha por finalidade analisar as causas do declínio da Universidade de Coimbra e apontar suas possíveis soluções. A culpa sobre a situação da universidade em Portugal recaiu sobre os jesuítas. Em função disso, desenvolveu-se uma decomposição do regime católico-feudal, que culminou na expulsão dos mesmos do ensino universitário.

Os resultados da Junta estiveram presentes no Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra, onde foram inseridas sugestões da obra de Verney, tais como o relevo da Jurisprudência e da História. Este documento propunha a utilização das Ciências Auxiliares da História, entre elas a História da Literatura Jurídica, além de incentivar o ensino do Direito Natural. Este Compêndio criticava também a carência do ensino do Direito Pátrio, Direito Canônico e Direito Civil, a ignorância da "doutrina de método"[4] e a separação entre teoria e prática no ensino do direito.

Anteriormente à Reforma de Pombal, o ensino de Cânones era quase que exclusivamente o *Corpus Iuris Canonici* e o ensino de Leis, o *Corpus Iuris Civilis*. As escolas dos glosadores, comentadores e a *opinio communis doctorum* predominavam no ensino de Leis e Cânones. Antes de 1772, o Direito Romano e o Direito Canônico preponderavam totalmente sobre outras disciplinas no currículo e na literatura jurídica. Após a Reforma de Pombal, a formação em Cânones não foi prestigiada, o contrário do que ocorreu com o ensino de Leis.

[4] A doutrina do método significa que sem haver método, não há como ter ordem no estudo e ao estudar sem ordem, se avança pouco na ciência e se perde tempo (COSTA E MARCOS, 1999, p. 82).

2. A Reforma de Pombal e seu impacto no ensino do direito conimbricense

Com a governação de Pombal, ao fim do século XVIII, fez-se uma grande reforma no ensino superior, que ia de encontro às ideias contidas no referido Compêndio Histórico. A Reforma Pombalina de 1772, originada nos Estatutos Pombalinos[5], reestruturou e renovou a Universidade de Coimbra a fim de colocá-la entre as melhores universidades europeias de seu tempo.

A Reforma do Marquês de Pombal mais do uma transformação da Universidade representava o ideário iluminista, uma cisão entre o velho e o novo, não entre jesuítas e não jesuítas ou cristãos velhos e cristãos novos, mas entre a nobreza terratentente e ultramarina e a burguesia comercial e industrial, que ascendia em Portugal; ou seja, entre o mundo feudal e a realidade burguesa, no qual prevaleceu a segunda (HESPANHA, 1972). A nova Universidade deveria representar, portanto o mundo novo, educando os alunos a fim de servir o Estado e a Igreja, gerando benefícios para a nação através de seu trabalho.

> A Reforma Pombalina dos estudos jurídicos […] teve o seu "começo" numa determinada atitude espiritual quanto a certo problema humano, no caso concreto, quanto à natureza da ciência jurídica e do seu ensino. Esta atitude espiritual, referida à situação histórico-concreta, exteriorizou-se na adopção de um conjunto de medidas relativas ao ensino do direito. É este conjunto de medidas que constitui o "corpo da Reforma" (HESPANHA, 1972, p. 6).

Nas Faculdades de Cânones e Leis, assim como em outros cursos como Teologia, Medicina, Matemática e Filosofia, exigia-se para o ingresso dos estudantes que estes tivessem completado o estudo das Escolas Menores. As Faculdades de Cânones e de Leis possuíam os mesmos requisitos para o ingresso. Além de ter completado o estudo anterior à universidade, para ingressar nestas duas faculdades era essencial ter 16 anos, fazer exames de admissão nas habilitações de Latim, Retórica, Lógica, Metafísica, Ética, Geometria e Grego.

Antes da Reforma Pombalina a duração do curso de Leis e de Cânones na Universidade de Coimbra era de oito anos e após a reforma de Pombal passou para cinco anos, acrescido de mais um para cursar a licenciatura ou o doutoramento. Na Faculdade de Cânones havia oito cadeiras, enquanto que na Escola de Leis havia nove. As disciplinas possuíam uma nomenclatura de acordo com sua qualificação: subsidiárias, elementares, sintéticas e analíticas. Em conjunto, estas cadeiras se articulavam através da seguinte lógica: das matérias

[5] Os Estatutos Pombalinos foram aprovados pela Carta de Lei de 28 de agosto de 1772.

subsidiárias e elementares para as principais e nestas, das cadeiras sintéticas para as analíticas[6].

Com os Estatutos Pombalinos foi a primeira vez em que houve no plano de estudos das Faculdades de Leis e Cânones uma cadeira de Direito Pátrio. Por outro lado, o Direito Natural foi encorajado no primeiro ano do currículo (COSTA, 1960). A disciplina de Direito Natural[7] funcionava como uma introdução ao direito, permitindo aos estudantes refletir através de uma perspectiva filosófica sobre o homem, o direito, a sociedade e o Estado.

> Tal como está esboçado nos Estatutos, o programa desta disciplina compreendia, de facto, uma primeira perspetiva filosófica do homem e do direito ("direito natural ethico" e "direito natural divino"), uma introdução ao estudo da sociedade ("direito natural social" e "direito natural social economico") uma análise do Estado e dos fenómenos políticos, com forte componente comparativista e descritivista ("direito publico universal" e "estadistica"), e, finalmente, uma última parte em que, através da comparação dos sistemas jurídicos positivos, se procuram induzir normas de conduta universalmente válidas ("direito das gentes") (HESPANHA, 1972, p. 16-17).

Uma das principais mudanças em relação ao período anterior à Reforma Pombalina, foi que os cursos de Leis e Cânones passaram a ter em seu início cadeiras propedêuticas, que dariam as noções gerais do direito aos estudantes ingressantes. De acordo com os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772, o direito somente poderia ser interpretado pelo aluno, após o conhecimento de noções de Direito Natural e da História dos Povos. Assim, no primeiro ano havia uma cadeira de Direito Natural, que incluía o Direito Público Universal e o Direito das Gentes. Havia, ainda, uma disciplina histórica, que incluía o Direito Romano e o Direito Pátrio. A História do Direito no currículo representou um grande avanço, sendo pioneira, já que assim como o Direito Natural, a História era lecionada em poucas universidades europeias.

No primeiro ano de estudo havia também duas cadeiras de *Instituta*[8], que eram elementares. No segundo ano, que permanecia idêntico para os dois cursos,

---

[6] As cadeiras elementares eram as introdutórias, já as subsidiárias eram aquelas que possuíam conteúdo complementar. Nas disciplinas sintéticas havia uma exposição sintetizada do conteúdo, ao passo que nas analíticas ocorria um estudo mais aprofundado, com as jurisprudências, exceções, etc.

[7] O Direito Natural no currículo da Faculdade Leis e Cânones representava tamanha evolução, pois era ensinado em raras universidades europeias do período (Friburgo, Innsbruck, Praga, Viena, etc) (HESPANHA, 1972, p.17).

[8] As cadeiras denominadas *Institutas* eram disciplinas de introdução ao Direito Romano, menos complexas e mais teóricas que o Digesto, por este motivo eram estudadas antes.

assim como o primeiro ano, se estudava o Direito Canônico, sua história e instituições. A partir do terceiro ano, cada curso – Leis e Cânones – tratava de suas áreas especificamente, apesar dos alunos de ambos os cursos estudarem o Direito Canônico Público. No terceiro e quarto ano, no curso de Leis, os estudantes aprendiam o Direito Civil Romano, a fim de aprofundar o Digesto[9]. No curso de Cânones se lecionava uma cadeira de Decreto[10] (3º ano) e duas de Decretais[11] (4º ano), todas elas sintéticas já que ofereciam exposições ordenadas e sistematizadas. Em Leis, no último ano os alunos estudavam as cadeiras analíticas e aprendiam a jurisprudência, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Na Faculdade de Cânones, o fim do curso compreendia duas cadeiras analíticas: em uma se ensinava a interpretação e a aplicação dos Cânones, já na outra o objeto de estudo eram os textos de Direito Canônico (COSTA E MARCOS,1999). A última cadeira ensinada nos dois cursos era Direito Civil Pátrio.

Apesar de profundas alterações curriculares, o Direito Romano e o Direito Canônico permaneceram majoritários nas Faculdades de Leis e Cânones, hegemonia esta que só chegaria ao fim em 1805 com a introdução de mais duas cadeiras de Direito Pátrio.

Quadro 1 – Plano de estudos das Faculdades de Leis e Cânones após a Reforma Pombalina

Cadeiras exclusivas das Leis	Cadeiras comuns aos dois cursos	Cadeiras exclusivas de Cânones
	1º ano Direito Natural História dos Direitos Romano e Pátrio *Instituta* (duas cadeiras)	
	2º ano História do Direito Canónico	

Nas cadeiras de *Institutas* eram estudados conceitos gerais, definições e classificações do Direito Romano.

[9] O Digesto era uma compilação de fragmentos de jurisconsultos clássicos considerados mais importantes à época e foi realizado por ordem do imperador Justiniano (482-565).

[10] Na cadeira de Decreto se estudava o Decreto de Graciano.

[11] Na disciplina de Decretais eram estudados os documentos pontifícios de caráter moral ou jurídico, relativos ao direito canônico.

	Instituições do Direito Canónico	
3º ano 1ª cadeira de Digesto	3º ano Lições de Direito Canónico Público	3º ano Cadeira de Decreto[12]
4º ano 2ª cadeira de Digesto	4º ano	4º ano Decretais (duas cadeiras)
5º ano Cadeiras analíticas de Direito Civil (duas)	5º ano Direito Civil Pátrio (cadeira sintética)	5º ano Cadeiras analíticas de Direito Canónico (duas)

Fonte: MERÊA, Paulo (2008) *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 14.

Após a Reforma de Pombal, as disciplinas de Direito Natural, as cadeiras históricas e as elementares eram consideradas pequenas, ou seja, de menor importância, e as outras tratadas como grandes, mas com a Carta Régia de 1793 foi extinta esta desigualdade, não havendo mais hierarquia entre as matérias.

A Reforma promovida pelo Marquês de Pombal, alterou o conteúdo do ensino jurídico, mas também o modo como se dava este ensino. O ensino após os Estatutos Novos passou a não se centrar nos resultados da ciência jurídica, mas buscar um ensino mais prático e acessível aos juristas, ao invés de se focar em conceitos e teorias complexos.

A pedagogia das aulas antes dos Estatutos Pombalinos utilizava o método analítico, que consistia no ensino do direito de modo extensivo, erudito e pouco claro, sendo que muitas vezes não era sequer entendido pelos próprios juristas. Neste método o professor lia e relia passagens, seja de direito romano ou direito canônico, depois tecia comentários sobre os trechos lidos e havia o esgrimir dos alunos com a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Após a Reforma Pombalina, o método sintético-demonstrativo-compendiário, pertencente ao sistema alemão de ensino, passou a ser maioritariamente utilizado[13].

O método sintético referia-se ao ensino das definições gerais e divisões das disciplinas, iniciando-se com os conceitos e princípios mais gerais para em seguida tratar das análises mais complexas e particulares. O método

[12] Duas cadeiras desde 1779.

[13] O método analítico continuou a ser utilizado nas últimas cadeiras dos cursos jurídicos.

demonstrativo, por sua vez, propunha uma ciência jurídica baseada na exatidão de preceitos para operar o direito. Em termos metodológicos significava a passagem de um conteúdo a outro somente quando se houvesse verificado as evidências da matéria anterior. Já o método compendiário indicava que o conteúdo jurídico deveria ser ensinado através de compêndios, com clareza e boa ordenação, onde o discente teria o essencial da doutrina e poderia aprofundar o conhecimento em determinados pontos do estudo. "Deverão pois os Professores ensinar tão sómente a Jurisprudencia por Compendios breves, claros, e bem ordenados. Os quaes por se comporem unicamente do succo, e da substancia das Doutrinas […]" (Estatutos Pombalinos de 1772). Com este método, o objetivo de criar o espírito de precisão e de ordem, do qual dependiam os juristas seria cumprido.

> Com o ensino sintético e compendiário do direito positivo, opera-se uma verdadeira revolução não só do ensino do direito, mas também no seu próprio modo de ser: de um direito caótico e hiperdiferenciado, inapreensível pelos próprios juristas […] tende-se rapidamente […] para um direito mais simples e mais harmónico, redutível […] a grandes princípios normativos […] além de promover um conhecimento do direito liberto das pragas do empirismo e do casuísmo, assegurava a todo o jurista um arsenal teórico com o qual ele podia continuar a aprender (HESPANHA, 1978, p. 111).

Além dos Estatutos Pombalinos imporem o método de ensino e terem transformado o programa das cadeiras, eles determinavam a jurisprudência a ser utilizada. Deste modo, o legislador prescreveu o que estudar e como estudar e o docente tinha que abarcar um determinado entendimento do direito, sem muita liberdade. Estas características de pouca liberdade dos Estatutos, além da estrutura curricular rigidamente proposta eram oriundas da influência napoleônica (CRUZEIRO, 1988).

Outra alteração proposta pela Reforma Pombalina foi a substituição dos lentes proprietários. Assim, renovou-se o quadro docente universitário, sendo recrutados novos professores para diversas cadeiras e lentes substitutos. O objetivo desta transformação no rol de professores era evitar contato com uma formação jurídica considerada ultrapassada.

Após a reforma, os alunos passaram a ser obrigados a frequentar às aulas e a realizar exercícios no decorrer do ano. Com a presença obrigatória dos estudantes às aulas, passou-se a realizar uma avaliação contínua através dos exercícios. Os exercícios eram orais ou escritos[14]. Os orais eram as chamadas

[14] Os exercícios escritos consistiam na elaboração de uma breve dissertação jurídica ou uma combinação de exames de diversas cadeiras.

quotidianas ou exercícios vocais realizados ao fim da aula, as sabatinas semanais[15] e os exercícios mensais (repetições)[16]. Os exercícios escritos eram os elementares e as dissertações (COSTA E MARCOS, 1999).

Os estudantes foram proibidos de escrever as lições dos mestres nas aulas ou em casa, pois de acordo com um edital do reitor da Universidade de Coimbra de 1786 estas anotações resultavam na "fatal aluvião de cadernos manuscritos, cheio de erros grosseiros e misérias, que os estudantes trazem sempre entre mãos" (BRAGA, 1982, p. 700 *apud* MÊREA, 2008, p. 21). As apostilas foram substituídas por compêndios claros, sintéticos e organizados. Enquanto estes não ficavam prontos, foram utilizados compêndios estrangeiros, de outras universidades europeias.

O ano letivo decorria entre os meses de outubro e maio[17]. Havia cinco horas de lições diárias[18] e todos os estudantes juristas deviam ouvir em todos os anos as cinco lições da Faculdade e não somente as de seus anos. Apenas os estudantes do quinto ano estavam dispensados de ouvir os outros anos. E após as aulas havia as denominadas lições extraordinárias, onde eram abordados os temas jurídicos mais específicos. Estas lições eram dadas por doutores ou bacharéis.

Os atos e os exames serviam para averiguar a aptidão técnica e científica dos futuros juristas, que se presumia ter sido recebida por meio das aulas e dos diversos tipos de exercícios. Os exames nos últimos anos exames eram exigentes, havendo exposições orais de uma dissertação curta, em que os examinadores acrescentavam uma polémica para fins de avaliação. Caso fossem reprovados, os estudantes podiam cursar as disciplinas em um curso de férias, onde poderiam repetir os exames (MÊREA, 2008, p. 22).

Os estudantes aprovados no quarto ano se tornavam bacharéis em direito. Já o exame do quinto ano, ao fim do curso, era um exame que abrangia todas as matérias, inclusive a de outros anos e de cadeiras elementares, sintéticas e

---

[15] Este tipo de exercício era realizado aos sábados e eram sobre a interpretação de um determinado texto, sobre um ponto específico ou questão jurídica controversa, através do método dialógico ou socrático (COSTA E MARCOS, 1999).

[16] As sabatinas e as repetições começavam somente no terceiro ano. Os exercícios ocorriam ao fim do mês em que se havia ensinado o conteúdo jurídico.

[17] Nos meses de junho e julho ocorriam os atos e exames públicos. Já as férias aconteciam em agosto e setembro.

[18] A ideia era que fossem três horas de lições na parte da manhã e duas à tarde, a fim de que os estudantes tivessem algum tempo livre para obterem um maior fervor para os estudos.

subsidiárias. Para cursar a licenciatura ou o doutoramento os estudantes tinham que cursar mais um ano e eram ainda submetidos aos atos grandes, às conclusões magnas e ao exame privado[19].

A formação em Leis ou em Cânones dava acesso à carreira da magistratura ou à advocacia. Para compor a magistratura, além da Faculdade de Leis ou Cânones havia um exame perante o Desembargo do Paço. Para realizar este exame era necessário ainda dois anos de prática para os formados em Cânones e um ano para os bacharéis com formação em Leis, salvo no caso do candidato ter realizado exame privado, pois nesta situação o tempo de estágio era a metade do tempo. Os bacharéis considerados "de baixo nascimento", via de regra, não podiam realizar o exame no Desembargo do Paço, exceto se merecessem em razão de "virtude ou letras". Deste modo, o acesso à magistratura era quase exclusivo das classes mais abastadas.

O bacharel somente podia advogar ou se tornar procurador após dois anos após a formatura. E, ainda, a fim de exercer seu magistério na Casa da Suplicação era necessário um exame perante os membros do Tribunal. O Decreto nº 24 de 16 de maio de 1832 pôs fim aos exames e o Decreto de 5 de agosto de 1834 ordenou que os bacharéis formados em Direito Civil ou Canônico podiam exercer o ofício de advogados perante todo e qualquer juízo (MERÊA, 2008, p. 23).

Apesar da grande transformação da Reforma Pombalina nos cursos jurídicos, ainda havia críticas às Faculdades de Leis e Cânones. D. Francisco de Lemos na sua Relação mencionava a má preparação dos estudantes para o ingresso na universidade, o número excessivo de doutores nas faculdades jurídicas e o modo de provimento das disciplinas. Já Ricardo Raimundo Nogueira, professor da Faculdade de Leis, redigiu uns apontamentos no qual defendia um curso jurídico de seis anos, com o terceiro, quarto e quinto ano com ensino exclusivo de Direito Pátrio e o estudo do Direito Romano apenas como complementar (CARVALHO, 2008).

---

[19] Os atos grandes eram os maiores atos da universidade, os mais graves e mais importantes, em que se conhecia o merecimento dos estudantes que desejavam alcançar graus superiores. Nos atos de conclusões magnas eram apresentadas as dissertações. Os **e**xames privados eram onde os licenciados realizavam as suas provas a doutores e consistia num exame oral privado, apenas com o estudante e o júri presentes na sala, feito à porta fechada e à noite (Estatutos da Universidade de Coimbra).

3. O ensino do direito em Olinda e São Paulo

Logo após D. Maria I assumir o trono em 1777, D. Francisco de Lemos, reitor da Universidade de Coimbra[20], apresentou o relatório Relação Geral do Estado da Universidade de Coimbra desde o Princípio da Nova Reformação até o mês de setembro de 1777. Neste relatório, o reitor informava a situação efetiva de cada uma das faculdades cinco anos após à Reforma Pombalina. Nesta época a Faculdade de Cânones e de Leis sofria com uma redução significativa do número de estudantes, que antes da Reforma passavam de três mil e no momento eram apenas quinhentos. O relatório apontava a satisfação com a redução do número de estudantes, pois o excesso de juristas gerava perturbações nas vilas e nas cidades, gerando discórdias. Todavia, demonstrava preocupação com o baixo nível educacional dos estudantes ao ingressar na faculdade, o que prejudicava o progresso acadêmico (CARVALHO, 2008).

No século XIX o ensino nas Faculdades de Leis e Cânones manteve-se dentro da base dos Estatutos Pombalinos, demonstrando o relevo da reforma promovida por Pombal. A Reforma Pombalina, portanto, prolongou-se por todo o século XIX e as Faculdades de Leis e Cânones permaneceram com os mesmos currículos do período pombalino até a reforma no plano de estudos de 1805, quando houve alterações curriculares. Ainda assim, durante todo o século XIX o ensino conimbricense permaneceu com resquícios da reforma de Pombal, apesar de aproximações cada vez mais frequente com o pensamento liberal.

A influência da Reforma Pombalina chegou ao Brasil por meio de duas formas, através de juristas brasileiros que tiveram sua formação em Coimbra e passaram a fazer parte dos quadros do Império e em razão da criação dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda (que posteriormente seria transferido para o Recife) que foram influenciados pela Reforma de Pombal.

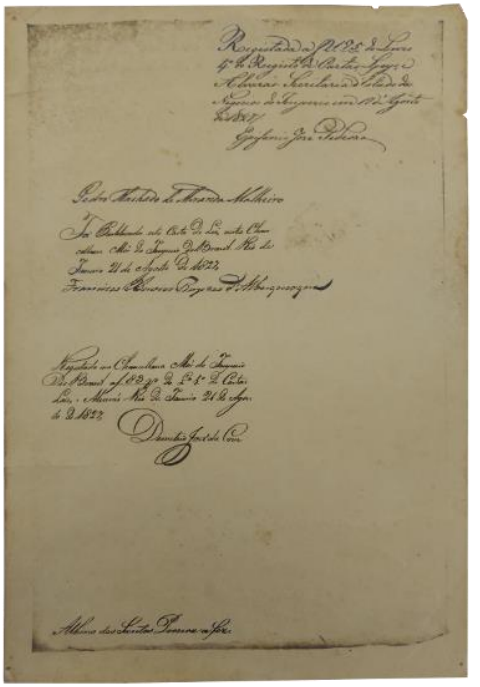
De acordo com Neder (1992) o debate para a criação das faculdades de direito no Brasil foi permeado de referências à Faculdade de Leis e Cânones de Coimbra, tendo os denominados "Estatutos do Visconde da Cachoeira" que propunham a organização dos estudos jurídicos no Brasil, grande semelhança com os Estatutos do Curso de Coimbra elaborados na administração de Pombal.

> Entre 27 de agosto de 1823, quando os debates sobre a criação dos cursos Jurídicos foram abertos, e 21 de agosto de 1827, quando o decreto que criou as Faculdades

[20] D. Francisco de Lemos foi reitor da Universidade de Coimbra de 1770-1779, tendo atuado durante a Reforma Pombalina na Universidade.

> de Direito de Olinda e São Paulo foi aprovado, anotamos 149 referências explícitas à Coimbra e aos estatutos da Faculdade de Direito, em 14 sessões na Assembléia Constituinte (1823), 24 sessões na Câmara dos Deputados (1826-27) e 11 sessões no Senado (1826-27) (NEDER, 1992, p.5).

Como o objetivo maior na criação dos cursos de Direito era formar quadros de gestão para a coroa portuguesa no Brasil, e ainda promover uma maior integração nacional, o local escolhido não foi o Rio de Janeiro, apesar de algum debate neste sentido. Optou-se por dois cursos em 1827 em duas localidades: Norte e Sul da colônia portuguesa. No Norte o curso seria realizado em Olinda e no Sul em São Paulo. Curiosamente era comum a circulação de estudantes entre os dois cursos, ou seja, começar no Sul e terminar no Norte e vice-versa. Assim como era comum que os juristas após formados integrassem cargos em regiões diferentes de seu nascimento e formação (NEDER, 1992). Abaixo o documento de criação das duas primeiras faculdades de Direito do Brasil.



Fonte: UFPE, 2020.

Na criação de ambas as escolas de direito, exigia-se a aprovação de compêndios e de quaisquer outros materiais utilizados, como forma de se ter um controle político e ideológico dos futuros funcionários do Estado português.

> Sem dúvida, a monarquia portuguesa desenvolveu estratégias muito claras e pragmáticas em relação a este tipo de controle: toda a formação em Direito dos agentes históricos coloniais do império português era realizada na metrópole, como acentuou Sérgio Buarque de Holanda e Stuart Schwarzt; e a publicação de livros e periódicos era proibida aos povos das colônias. No Brasil a permissão da publicação só viabilizou-se em 1809. Sublinhe-se que por ocasião da discussão da criação dos cursos jurídicos no Brasil não só os currículos foram discutidos no Parlamento, quanto os livros e compêndios adotados ou escritos pelos professores submetidos à aprovação plenária; portanto, depois de passarem pelo crivo da análise detalhada dos senhores deputados e senadores, todos eles juristas muito entendidos naquele tipo de assunto e muito ciosos do poder que a legislatura lhes conferia. Sobretudo, todos tinham internalizado ideologicamente e afetivamente os traços culturais esculpidos pela Inquisição e pela censura, que o liberalismo político em voga não foi capaz de transformar (NEDER, 1992, p. 4).

Apesar da criação simultânea e sob os mesmos preceitos baseados na Reforma Pombalina, as escolas de direito de Olinda e São Paulo foram ao longo do tempo constituindo características distintas, em razão do diferente contexto político-social. A Escola de Recife recebeu grande influência do liberalismo, ao passo que no contexto da Escola do Largo de São Francisco (São Paulo), esta adaptou os preceitos liberais aos interesses de suas oligarquias. De certo modo, é possível afirmar que São Paulo permaneceu no século XIX mais preso ao contexto Pombalino que Recife.

> Tanto em São Paulo, quanto no Recife, os postulados liberais foram invocados na luta contra o monopólio metropolitano na qual engajara-se importantes segmentos ligados à grande propriedade agrária e escravista. O liberalismo foi adotado, no entanto, com limitações e resguardados os privilégios daqueles segmentos sociais e mantida a escravidão. A necessidade de utilização do liberalismo produziu um duplo efeito: fundamentou a luta contra a metrópole e delineou as linhas mestras da organização do Estado no Brasil (NEDER, 1992, p.10).

Como se pode observar assim como ocorreu em Portugal, a Reforma de Pombal afetou profundamente o incipiente ensino do direito brasileiro, trazendo autores iluministas para seu estudo. No entanto, assim como ocorre em Portugal, no Século XIX os preceitos liberais vão ocupando aos poucos os estudos jurídicos, apesar de suas limitações, como a manutenção do sistema escravagista.

CONCLUSÕES

Com o advento do iluminismo na Europa e sua entrada em Portugal, todo o sistema jurídico foi remodelado através da Lei da Boa Razão. Do mesmo modo, o ensino do direito nas Faculdades de Leis e Cânones precisou ser revisto para se adequar à modernização e à racionalização proposta pelos ideais iluministas.

A reforma de ensino proposta pelo Marquês de Pombal tinha como uma das finalidades reduzir o poder da Igreja nas universidades. Para isso, expulsou os jesuítas da Faculdade de Leis e Cânones e alterou todo o ensino universitário. O currículo passou a ser fixo, com uma sucessão determinada de cadeiras e o regime de frequência passou a ser obrigatório. Os Estatutos Pombalinos impuseram os compêndios e a pedagogia de ensino, não havendo liberdade à docência.

O estudo universitário passou a ter como eixo central o preparo para a formação profissional e a Faculdade de Leis e Cânones passou a ter como objetivo a formação para as profissões jurídicas. Outra ênfase foi no caráter científico, a fim de fazer progredir os conhecimentos nas distintas áreas e promover novas invenções. O método sintético-demonstrativo-compendiário foi adotado como método de ensino para realizar os objetivos científicos e pôs em ação uma nova forma de ensino do direito: mais sintética e formativa.

A Reforma Pombalina também alterou o paradigma do ensino do direito em termos curriculares. A Faculdade de Leis foi valorizada na Reforma de Pombal em detrimento do conhecimento em Cânones. Com a Reforma foi implantada no currículo uma disciplina de Direito Pátrio, facto inédito em Portugal. Cadeiras propedêuticas introdutórias foram colocadas ao início do curso, entre elas uma cadeira de Direito Natural. Apesar destas alterações, os direitos Canônico e Romano possuíam maior número de cadeiras após a Reforma de Pombal nos Cursos de Leis e Cânones.

Os resultados do estudo deste período mostram o avanço da Reforma de Pombal e o ingresso do liberalismo no Século XIX transformando o ensino do direito.

O sucesso da Reforma Pombalina a fez resistir ao longo do tempo. Foi nos estudos jurídicos que a racionalização e a formalização do ensino encontraram espaço para se desenvolverem, tanto em Portugal, como na colônia Portuguesa. Deste modo, as transformações ocorridas no ensino jurídico pela Reforma Pombalina perdurou pelo século seguinte na UC e foram exportadas para o Brasil

por meio de juristas formados em Coimbra e pelas novas faculdades de direito brasileiras.

REFEFÊNCIAS

CARVALHO, Rómulo de. *História do ensino em Portugal*. Desde a fundação da nacionalidade até ao fim do Regime de Salazar-Caetano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COSTA, Mario J. "Romanismo e Bartolismo no direito português" *Boletim da Faculdade de Direito*. 1960. XXXVI, 17- 43.

COSTA, M. J.; MARCOS, R. "Reforma Pombalina dos estudos jurídicos" *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 1999. LXXV, 67-98.

CRUZEIRO, Maria Eduarda. "A reforma pombalina na história da Universidade" *Análise Social*. 1988.100 (24) 165-210.

HAGINO, Cora. *As mutações do ensino do direito*: o(s) currículo(s), a(s) pedagogia(s) e a(s) avaliações na licenciatura em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – um estudo de caso de Direito da Família e Menores (ano 2011/2012). Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra, 2018.

HESPANHA, António M. *O caleidoscópio do direito*: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003.

MARCOS, Rui F. *A História do Direito e o seu ensino na Escola de Coimbra.* Coimbra: Almedina, 2008.

MASSAÚ, Guilherme C. "A reforma dos Estatutos da *Universidade de Coimbra:* as alterações no ensino jurídico" *Prisma Jurídico.* 2010. 9 (1), 169-188.

MERÊA, Paulo. *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal* (1772-1902). Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 2008.

NEDER, Gizlene. Coimbra e os Juristas Brasileiros. Discursos Sediciosos (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 3, n.5, p. 195-214, 1999.

UFPE. *Documentos históricos*. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/590249/590567/Decreto.png/ee3e3fbe-d29c-4fd0-91d3-e9e031f166f9?t=1500756123197

A JUSTIÇA ESTÁ *ON-LINE:* Os Tribunais Superiores e os julgamentos por videoconferência no Brasil e na Espanha

Priscila Seifert
Universidade Federal Fluminense, pós-doutoranda do Programa de pós-graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
priseifert@hotmail.com

Fernando Gama de Miranda Netto
Universidade Federal Fluminense, professor do Programa de pós-graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil.
fernandojuris@yahoo.com.br

Resumo: É possível ter uma plataforma totalmente virtual e assíncrona para resolver os conflitos submetidos a uma Corte Suprema? A sessão por videoconferência é capaz de garantir o mesmo grau de interação entre os julgadores e entre estes e os demais interessados que a sessão presencial? Diante de um cenário repleto de perguntas e ainda carente de respostas, este artigo visa investigar em que termos o uso da tecnologia tem impactado a prestação da justiça. Inspirados pela forma como o Tribunal Constitucional Espanhol considerou o uso da videoconferência no julgamento do caso *Foncadent,* nossa proposta é problematizar a virtualização das sessões de julgamento realizadas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Para tanto, nosso percurso será realizado em 4 etapas. A primeira preocupa-se em narrar as nuances do caso *Foncadent*. A segunda aborda o cenário brasileiro. A terceira se ocupa do plenário virtual, plataforma digital responsável pelo julgamento de 5.530 processos "supremos" em 2020. E a quarta problematiza a virtualização das sessões sobretudo sobre a perspectiva da proteção dos direitos e das garantias constitucionais. Considerando a irreversibilidade da virtualização da justiça no Brasil, acreditamos que é preciso conhecer, analisar e debater os pontos altos e baixos do movimento e que a perspectiva comparada nos dá maior lucidez e substância para realizar essa empreitada.

Palavras-chave: Direito; Tecnologia; Julgamentos virtuais

Abstract: Is it possible to have a completely virtual and asynchronous platform to resolve conflicts submitted to a Supreme Court? Is the videoconference session able to guarantee the same degree of interaction between the judges and between them and the other interested parties as the face-to-face session? Faced with a scenario full of questions and still lacking answers, this article aims to investigate how the use of technology has impacted the provision of justice. Inspired by the way the Spanish Constitutional Court considered the use of videoconferencing in

the Foncadent case trial, our proposal is to problematize the virtualization of the trial sessions held by the Brazilian Supreme Court. Therefore, our route will be carried out in 4 stages. The first is concerned with narrating the nuances of the Foncadent case. The second addresses the Brazilian scenario. The third deals with the virtual plenary, the digital platform responsible for the judgment of 5.530 "supreme" cases in 2020. And the fourth problematizes the virtualization of the sessions, especially with regard to the protection of rights and constitutional guarantees. Considering the irreversibility of the virtualization of justice in Brazil, we believe that it is necessary to know, analyze and debate the high and low points of the movement and that the comparative perspective gives us greater lucidity and substance to carry out this undertaking.

Keywords: Law; Technology; Virtual trials

INTRODUÇÃO

A virtualização da Justiça está na pauta das discussões jurídicas, seja no Brasil, seja na Espanha. Acelerado por conta da pandemia causada pelo novo coronavírus, pelo menos no Brasil, o movimento parece não ter volta. Essa "nova normalidade" tem agitado os operadores do direito e os acadêmicos de diversos ordenamentos jurídicos, que passaram a problematizar os impactos do uso da tecnologia na prestação da Justiça.

Contaminados por essa agitação, almejamos traçar algumas considerações, ainda iniciais, acerca da virtualização do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, inspirados pela forma através da qual o tema tem sido enfrentado pelo Tribunal Constitucional Espanhol.

Considerando que as duas Cortes estão lidando com o movimento de virtualização da justiça de maneira diferente – a espanhola mais preocupada com a qualidade da prestação jurisdicional e com os direitos das partes, e a brasileira, inteiramente, voltada para os resultados - nos propomos a pensar em que termos os conflitos jurídicos submetidos às Cortes Supremas devem ser virtualizados e quais os impactos dessa virtualização.

Nessa direção, nosso ponto de partida é a forma pela qual o tema tem sido tratado pelo Tribunal Constitucional Espanhol. Em seguida, abordaremos o modelo de virtualização adotado no Brasil. Prosseguiremos explicando no que consiste o plenário virtual e expondo suas peculiaridades. E, por fim, problematizaremos a virtualização das sessões de julgamento, em especial, no que se refere a proteção dos direitos e das garantias constitucionais processuais.

É importante ressaltar que o desenvolvimento das nossas considerações tem por referência estudos que procuram problematizar o uso da tecnologia pelo Direito (FERRARI, 2020; LEITE, 2020; ROSA E GUASQUE, 2020; NUNES E DUARTE; 2020). Nossa intenção não é o de rejeitar ou o de criticar o chamado movimento "da virada tecnológica do direito" (NUNES, 2020), mas de entender como a tecnologia pode ajudar a solucionar o cenário brasileiro de "tragédia da Justiça"[1] **(**WOLKART, 2019), viabilizando uma prestação jurisdicional mais transparente e tempestiva, sem sacrificar, para tanto, os direitos e garantias constitucionais processuais.

1. O Tribunal Constitucional Espanhol e o caso *Foncadent*

Recentemente, em 19.08.2020, o *El Confidencial* noticiou que o Tribunal Constitucional Espanhol anulou uma sentença do ano de 2005, que condenou 12 (doze) presos por motim na prisão de *Foncadent,* ocasionando a morte de recluso[2]. O motivo da anulação foi a realização de uma audiência virtual fundamentada em razão da alta periculosidade dos envolvidos e da segurança da população.

A despeito da fundamentação, o Tribunal Constitucional Espanhol destacou que a audiência por videoconferência não resguardaria as garantias processuais uma vez que os julgamentos não presenciais dificultariam uma correta percepção sobre a prova, sendo relevante a presença física das partes, dos advogados e do magistrado para análise dos movimentos corporais dos acusados, que poderiam auxiliar na formação do convencimento motivado do julgador. Ressaltou ainda a necessidade do contato pessoal entre as partes e os advogados para fins de prestação de uma assistência jurídica adequada.

Para o Tribunal Constitucional Espanhol a decisão não teria atendido aos critérios de proporcionalidade e não observou as garantias processuais habituais, restando injustificável o sacrifício de direitos para admissão do julgamento virtual.

---

[1] De acordo com Erick Navarro Wolkart (2019:29), a expressão, pouco conhecido no meio jurídico, é uma adaptação da tragédia dos comuns, locução econômica clássica utilizada pioneiramente por Garrett Hardin para tratar dos incentivos envolvidos com o uso descontrolado e o consequente esgotamento dos chamados bens comuns em analogia ao esgotamento do aparato estatal envolvido na prestação civil jurisdicional.

[2]Notícia disponível em https: <//www.elconfidencial.com/espana/2020-05-12/supremo-tumbo-juicios-telematicos-covid_2589715/>. Acesso em 19.08.2020, às 19:00:00

Dessa forma, para o Judiciário espanhol, o uso da videoconferência só se justificaria diante da absoluta impossibilidade de assistência pessoal dos acusados, o que não seria o caso, diante de alternativas viáveis para que se fizesse o julgamento presencial, sendo o uso da videoconferência neste caso algo demasiadamente restritivo.

Reconhecendo a inconstitucionalidade, a Corte espanhola se utilizou da técnica de modulação dos efeitos da decisão para impedir a realização de futuras sessões por videoconferência nos casos em que a presença física das partes seria indispensável[3].

Embora, registre perdas por conta da ausência física, especialmente, em relação a prova, devido a impossibilidade de ter contato físico direto com o julgador, como ressaltado pelo Supremo Espanhol, o julgamento por videoconferências tem sido utilizado como alternativa para a manutenção do funcionamento das Cortes Supremas durante a crise sanitária ocasionada pela Covid-19 em diversos países do mundo.

De acordo com o relatório elaborado pelos integrantes do projeto *Global to acess to justice*, dentre os 51 países pesquisados acerca dos impactos da COVID-19 nos sistemas judiciais, 53% passaram a se valer do uso da videoconferência como alternativa para manter o funcionamento da justiça[4].

2. Enquanto isso no Brasil ...

Seja como for, o Supremo Tribunal Federal não tem problematizado o uso da videoconferência. O ministro Luiz Fux, então presidente da Corte, ao encerrar as atividades do ano judiciário de 2020, destacou que "diante da paralisia social imposta pela pandemia, o Supremo se reinventou e conseguiu deliberar sobre um número recorde de processos: o plenário, em sessões presenciais ou por

[3]IWAKURA e BRANDIS, Cristiane Rodrigue e Juliano Oliveira. Sessões de julgamento virtuais: inconstitucionalidade? Disponível em: <https://www.processoetecnologia.com.br/sessoes-de-julgamento-virtuais-inconstitucionalidade/> Acesso em 10.12.2020, às 16:50:00h.

[4] Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br.> Acesso em 08.01.2021, 19:34:00

videoconferência, julgou 124 processos e, nas sessões virtuais (por meio do plenário virtual), 5.530[5].

Esse dado é, no mínimo, revelador. Nos parece que o Supremo Tribunal Federal não tem problematizado o uso da videoconferência porque tem se valido do plenário virtual como método preferencial de julgamento.

No cenário brasileiro, não somente casos penais, mas grandes casos jurídicos, como as ações de constitucionalidade submetidas ao controle abstrato, foram "solucionados" através desse novo formato. Nessa direção, podemos citar como exemplo, (i) a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 5.581 que, dentre outros tópicos relacionados, discutia a possibilidade de realização do aborto em caso de gestante infectada pelo zika vírus[6]; (ii) a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635 que questionava a política de segurança pública adotada pelo governo do Estado do Rio de Janeiro[7]; (iii) as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5537, 5580 e 6038 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600, que proibiam a possibilidade do ensino de gênero e de sexualidade nas escolas públicas do Estado de Alagoas[8].

[5] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457499&ori=1> Acesso em 04.01.2021, 18:45:00

[6] A ação foi considerada prejudicada. O julgamento foi iniciado no plenário virtual no dia 24/04 e concluído dia 01/05. A Corte seguiu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, que considerou prejudicada a discussão da ADC 5.581. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/stf-rejeita-acao-aborto-gestantes-zika.> Acesso em 10.12.2020, 17:50:00.

[7] A ação foi ajuizada em novembro de 2019 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) contra os Decretos estaduais 27.795/2001 e 46.775/2019, que regulamentam a política de segurança pública adotada pelo governo do estado do Rio de Janeiro. Diante da decretação do estado de calamidade pública e da necessidade do isolamento social, o PSB pediu a concessão de tutela de urgência para restringir as operações policiais no período de pandemia. O julgamento foi concluído dia 04.08. 2020, por maioria, com referendo da tutela provisória deferida pelo ministro relator Edson Fachin para suspender a realização de incursões policiais em comunidades do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448994&ori=1>. Acesso em 10.12.2020, 17:34:00

[8] O julgamento foi encerrado em 21.08.2020, pela inconstitucionalidade da Lei estadual 7.800/2016 de Alagoas, que proíbe a doutrinação política e ideológica no sistema educacional estadual e veda que os professores incitem os alunos a participar de

Nesse ponto, o movimento de virtualização da justiça brasileira se revela mais complexo, e, assim, mais problemático que o espanhol, pois além da videoconferência, envolve uma outra forma de realização de julgamento não presencial, bastante diferente, muito mais opaca e estreita, que é o plenário virtual.

Assim, antes de analisarmos os impactos das supremas virtualizações, é preciso esclarecer o que é e como ocorre o julgamento realizado por meio do plenário virtual.

3. Dinâmica dos julgamentos não presenciais (virtuais)

O julgamento realizado por videoconferência e o julgamento em plenário virtual são duas formas de julgamento não presenciais bastante diferentes. O julgamento por videoconferência é síncrono, uma vez que é realizado por meio de uma plataforma de reuniões, na qual participam todos os ministros e os eventuais interessados. Essa plataforma mantém, de certo modo, a dinâmica e a transparência próprias da sessão de julgamento realizada fisicamente.

Diferente da videoconferência, o plenário virtual pode ser definido como uma plataforma de julgamento digital, na qual os votos são eletrônicos. No julgamento pelo plenário virtual, os ministros não estão simultaneamente presentes, de modo que não presenciam a sustentação oral, nem o voto dos demais ministros no momento em que são realizados. Dessa forma, há uma menor interação entre os julgadores.

O julgamento é iniciado a partir da inclusão de um processo em lista, com a respectiva abertura da pauta para que cada ministro inclua seu voto por escrito. O relator lança no sistema a ementa, o relatório e o voto. Inicialmente, apenas a parte dispositiva do voto era pública. Recentemente, como veremos a seguir, o sistema foi atualizado para permitir que o relatório e o votos dos ministros sejam

manifestações, atos público ou passeatas. A maioria do plenário (vencido o Ministro Marco Aurélio) seguiu o voto do relator das ações, ministro Luís Roberto Barroso, para quem a lei viola a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e diretrizes e bases da educação nacional. O relator já havia suspendido a eficácia da lei ao conceder liminar na ADI 5537. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450392&ori=1>. Acesso em 10.12.2020, às 17:55:00

disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal durante a sessão de julgamento virtual[9].

O plenário virtual não é uma invenção trazida pela pandemia. Ele existe no ordenamento brasileiro desde 2007. Originariamente, a plataforma era restrita à aferição da repercussão geral nos recursos extraordinários[10], mas, com o avançar dos anos, teve seu uso ampliado e a sua dinâmica sofisticada.

Em 2010, por conta do teor da Emenda Regimental nº 42, o julgamento de mérito de questões constitucionais com repercussão geral também passou a ser realizado por meio eletrônico, desde que os ministros entendessem que se tratava de caso de reafirmação de jurisprudência dominante do próprio Tribunal **(**ROCHA e VAUGHN, 2020:133**)**. Posteriormente, a possibilidade foi ampliada aos agravos internos e aos embargos de declaração[11]. A sofisticação, tanto do uso como da dinâmica de julgamento, veio mais adiante, em 2019, por meio da Resolução nº 642.

A partir da Resolução nº 642 a possibilidade de julgamento foi bastante modificada. Tornou-se possível ao ministro relator, a seu critério e respeitadas as competências das Turmas e do Plenário, submeter ao julgamento em lista pelo plenário virtual, além dos agravos internos e embargos de declaração, que já eram previstos pela Resolução nº 587, os seguintes recursos: (i) agravos regimentais; (ii) medidas cautelares em ação de controle concentrado de constitucionalidade; (iii) *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias; (iv) recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal; e (v) demais classes processuais cuja matéria sob discussão tenha jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal[12].

[9] Alteração estabelecida pela Resolução 675, assinada em 22 de abril de 2020, para atualizar a Resolução 642, que disciplina a realização de julgamentos em ambiente virtual.

[10] De maneira geral, pode-se afirmar que a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. São necessários, pelo menos, oito votos para inadmitir um recurso extraordinário por ausência de repercussão geral (ou seja, dois terços da composição total do Supremo Tribunal Federal, com 11ministros). Se esse número não for alcançado, o recurso extraordinário será admitido e julgado pela Corte.

[11] A ampliação se deu em 29 de julho de 2016 por meio da Resolução nº 587.

[12] §1º, Art.1º, da Resolução 642 do STF: Art. 1º O ministro relator poderá submeter a julgamento listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico. § 1º A critério do relator, poderão ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, observadas as

Essa mudança, como bem pontua Cristine Peter (2020), já demonstrava, antes mesmo da pandemia, o quanto o Supremo Brasileiro, como instituição, estava disposto a utilizar a plataforma virtual assíncrona como método de julgamento.

A dinâmica do julgamento passou a ser a seguinte: inseridos no ambiente virtual a ementa, o relatório e o voto do ministro relator, teriam os demais ministros do respectivo órgão colegiado até cinco dias úteis para se manifestar – no antigo regramento, o prazo era de sete dias corridos[13]. A ausência de manifestação de algum ministro no prazo estabelecido implicaria na presunção de voto no mesmo sentido do relator[14].

A exceção do relator, os demais ministros teriam as seguintes opções de manifestação: (i) acompanhar o relator, com ou sem ressalva de entendimento; (ii) divergir do relator ou (iii) acompanhar a eventual divergência. Se acompanhasse o voto do relator com ressalva de entendimento, ou se dele divergisse, o ministro deveria declarar seu voto no sistema[15].

respectivas competências das Turmas ou do Plenário, os seguintes processos: I – agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; III - referendum de medidas cautelares e de tutelas provisórias; IV - recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF; V – demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.

[13] Art. 2º As sessões virtuais serão realizadas semanalmente e terão início às sextas-feiras, respeitado o prazo de 5 (cinco) dias úteis exigido no art. 935 do Código de Processo Civil entre a data da publicação da pauta no DJe, com a divulgação das listas no sítio eletrônico do Tribunal, e o início do julgamento. § 1º O relator inserirá ementa, relatório e voto no ambiente virtual; iniciado o julgamento, os demais ministros terão até 5 (cinco) dias úteis para se manifestar. § 2º A conclusão dos votos registrados pelos ministros será disponibilizada automaticamente, na forma de resumo de julgamento, no sítio eletrônico do STF (...).

[14] § 3º, Art.2º, da Resolução 642 do STF: considerar-se-á que acompanhou o relator o ministro que não se pronunciar no prazo previsto no § 1º.

[15]Art. 6º Os ministros poderão votar nas listas como um todo ou em cada processo separadamente. § 1º As opções de voto serão as seguintes: a - acompanho o Relator; b - acompanho o Relator com ressalva de entendimento; c - divirjo do Relator; ou d - acompanho a divergência. § 2º Eleitas as opções b ou c, o ministro declarará seu voto no próprio sistema.

É importante destacar que a Resolução nº 642 veda expressamente o julgamento virtual nas seguintes hipóteses[16]: (i) quando a lista ou o processo a ser decidido tiver destaque de qualquer ministro ou de qualquer das partes, desde que requerido com antecedência de quarenta e oito horas; (ii) quando a lista ou o processo a ser decidido tiver requerimento de sustentação oral por qualquer das partes, desde que observados os mesmos requisitos das listas e dos processos com pedido de destaque das partes.

Nessas hipóteses, o ministro relator deverá retirar a lista ou o processo da pauta eletrônica e encaminhar ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta, sendo que o julgamento será reiniciado quando houver pedido de destaque[17].

Além disso, a critério do ministro que pedir vista, as listas ou os processos objetos de vista em ambiente eletrônico poderão ser desenvolvidos para prosseguimento do julgamento virtual. Se isso acontecer, os votos já proferidos poderão ser modificados[18].

Em 18 de março de 2020, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental nº 53, foi novamente alterado para permitir que todos os processos de competência do Tribunal, a critério do relator

[16]Art. 4º Não serão julgados em ambiente virtual as listas ou os processos com pedido de: I – destaque feito por qualquer ministro; II – destaque feito por qualquer das partes, desde que requerido até 48 (quarenta e oito) horas antes do início da sessão e deferido pelo relator; III – sustentação oral realizado por qualquer das partes, desde que requerido após a publicação da pauta de julgamento e até 48 (quarenta e oito) horas antes do início da sessão, cabendo ao relator, nos casos cabíveis, deferir o pedido. § 1º Nos casos previstos neste artigo, o relator retirará o processo da pauta de julgamentos eletrônicos e o encaminhará ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta.

[17] §§1º e 2º do Art.4º: §1º Nos casos previstos neste artigo, o relator retirará o processo da pauta de julgamentos eletrônicos e o encaminhará ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta. §2º Nos casos de destaques, previstos nos incisos I e II, o julgamento será reiniciado.

[18] Art. 5º As listas ou processos objetos de pedido de vista feito em ambiente eletrônico poderão, a critério do ministro vistor, ser devolvidos para prosseguimento do julgamento em ambiente virtual, oportunidade em que os votos já proferidos poderão ser modificados.

ou do ministro vistor com concordância do relator, sejam submetidos em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico[19].

A emenda regimental também permite que, nas sessões presenciais, advogados e procuradores realizem sustentação oral por videoconferência com transmissão em telões instalados no Plenário e nas Turmas[20].

Durante a pandemia, as regras relacionadas ao plenário virtual foram atualizadas pela Resolução nº 675, aprovada em 22 de abril de 2020. Visando conferir maior publicidade aos julgamentos virtuais, a resolução passou a permitir que o relatório e os votos dos ministros sejam disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal durante a sessão de julgamento virtual.

A Resolução nº 675 permite ainda que os representantes das partes possam realizar, durante a sessão de julgamento, esclarecimentos sobre a matéria

[19]Art. 1º O art. 21-B passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 21-B Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário. § 1º Serão julgados preferencialmente em ambiente eletrônico os seguintes processos: I – agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; III - referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias; IV – demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF. § 2º Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas neste regimento interno, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual. § 3º No caso de pedido de destaque feito por qualquer ministro, o relator encaminhará o processo ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta. § 4º Em caso de excepcional urgência, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os Presidentes das Turmas poderão convocar sessão virtual extraordinária, com prazos fixados no respectivo ato convocatório. § 5º Ato do Presidente do Tribunal regulamentará os procedimentos das sessões virtuais". (NR)

[20]Art. 2º Acrescente-se o § 5º ao art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

"Art. 131 .....

§5º Os advogados e procuradores que desejarem realizar sustentação oral por videoconferência, nas sessões presenciais de julgamento do Plenário e das Turmas, deverão inscrever-se, utilizando o formulário eletrônico disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal até 48 horas antes do dia da sessão." (NR)

de fato, por meio do sistema de peticionamento eletrônico do Supremo Tribunal Federal, que serão automaticamente disponibilizados no sistema de votação dos ministros.

É importante ressaltar que o pedido de esclarecimento sobre a matéria de fato consiste no uso da palavra pelo advogado, que pode interromper o julgamento, em qualquer momento, para esclarecer os fatos ou eventual dúvida surgida durante a sessão (DIDIER JR E CUNHA, 2020:90).[21]

Em julho de 2020, a Resolução nº 642 novamente sofreu modificações. A Resolução nº 690 passou a dispor que a falta de manifestação dos ministros nos julgamentos virtuais seja computada como abstenção e não como acompanhamento do voto do relator[22]. De acordo com a mais nova resolução, os julgamentos deverão ser suspensos quando não houver quórum de votação ou quando houver empate. O processo então deverá ser incluído na sessão virtual imediatamente subsequente para colher os votos dos ministros ausentes.

4. O que se ganha o que se perde com os julgamentos não presenciais?

Seguramente, os julgamentos não presenciais direcionam a prestação da justiça para a efetivação de algumas garantias processuais, como por exemplo, a

[21]Nessa direção é o disposto no art. 7º, X, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: "Art.7º São direitos do advogado: (...) X- usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equivoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas".

[22]" Resolução 690, Art. 2º (...) (...) § 3º O ministro que não se pronunciar no prazo previsto no § 1º terá sua não participação registrada na ata do julgamento. § 4º Não alcançado o quórum de votação previsto nos arts. 143, caput e parágrafo único, e 147 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ou havendo empate na votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes. § 5º O disposto no § 4º aplica-se à hipótese prevista no art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º No julgamento de habeas corpus ou de recurso de habeas corpus, proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais 2 favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

celeridade, a duração razoável do processo e a eficiência no âmbito da administração do Poder Judiciário (FRANCHE, 2021).

No entanto, há outro lado dessa moeda. É preciso aprimorar a regulamentação dos julgamentos não presenciais, sobretudo no que se refere ao plenário virtual, sob pena de violação de outras garantias processuais de igual importância.

Uma primeira ressalva refere-se ao uso irrestrito do plenário virtual. Como vimos, o plenário virtual foi criado em 2007 apenas para verificar a presença de repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Na hipótese afirmativa, o mérito do recurso era julgado de maneira presencial, com larga possibilidade de interferências e debates entre as partes interessadas e os próprios ministros.

Não obstante, como vimos, a partir de 2016, o uso do plenário foi expandido e, com as restrições sociais trazidas pela pandemia em 2020, foi completamente ampliado. Atualmente, qualquer ação ou recurso submetido ao Supremo pode ser julgado em plenário virtual.

Essa ampliação nos parece problemática, haja vista que desvirtua o propósito da plataforma. O plenário virtual não foi desenhado para o julgamento de casos de mérito, tão pouco, para os casos inéditos.

Nos parece praticamente impossível discutir "teses" em apenas 7 dias. O julgamento realizado é bastante estreito e opaco para compor questões que demandam grandes debates, como as políticas de segurança pública adotadas pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo. Perde-se, dessa forma, a deliberação interna, a contradita dos votos, a espontaneidade dos julgamentos presenciais.

É importante frisar que em 2010, quando o uso do plenário virtual foi ampliado pela primeira vez, como vimos, a ampliação se deu para as questões de mérito que já tinham sido alvo de julgamento pelo próprio Supremo, questões com jurisprudência consolidada, que não retiram da corte a possibilidade de deliberar sobre elas, porque já tinham sido deliberadas anteriormente.

No que se refere a preservação dos direitos e garantias processuais constitucionais das partes envolvidas, Rossi e Malafaia (2020) são taxativos ao sustentarem que os julgamentos virtuais não podem suprimir garantias, devendo

respeitar o estabelecido no art. 194 do Código de Processo Civil Brasileiro[23] que consagra a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, a corroborar com as garantias constitucionais da publicidade dos julgamentos (Constituição Federal, art. 93, IX)[24] e ampla defesa do jurisdicionado (Constituição Federal, art.5º, LV)[25].

Os referidos autores tecem duras críticas ao método de julgamento realizado pelo plenário virtual, em especial, (i) ao cabimento generalizado do julgamento perante o plenário virtual, inclusive dos processos nos quais é permitida a realização de sustentação oral; (ii) a decisão a respeito da inclusão de um caso em sessão presencial ou virtual ficar apenas ao critério do relator, que sequer tem o dever de indicar os parâmetros objetivamente cognoscíveis de escolha; (iii) a ausência de garantia de que o arquivo enviado com a sustentação oral foi ao menos acessado pelo magistrado, assim como o peticionamento contendo pedido de esclarecimento de questões de fato; (iv) a dependência do deferimento da retirada da pauta virtual do pedido do relator, ainda que a parte peça destaque; (v) as sessões virtuais extraordinárias previstas no art. 21-B do RISTF e disciplinadas no art.5º-B da Resolução nº 642, incluído pelo ato nº 669. Isso porque, na visão dos autores, ao determinar que "o disposto no art.2º, *caput* e §1º, não se aplica à sessão virtual extraordinária, outra não pode ser a conclusão senão que a assentada extraordinária prescindiria da observância do art. 935 do CPC, consistindo verdadeira "sessão surpresa" para o jurisdicionado, impedindo

[23]Art. 194.Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamentos, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções.

[24]Art. 93.Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamento dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[25]Art.5º.Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV-aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

que seu procurador adote as providências de praxe como a entrega de memoriais e mesmo a gravação e envio de sustentação oral.

A partir dessas ponderações, Rossi e Malafaia propõem os seguintes questionamentos: será que a duração razoável do processo e a gestão procedimental no âmbito do Supremo Tribunal Federal (assim como no Superior Tribunal de Justiça e Tribunais locais, todos com suas normas infralegais disciplinando os julgamentos virtuais) podem mitigar/flexibilizar/abolir a garantia de às partes serem conferidas as prerrogativas constitucionais-processuais de exercerem sua ampla defesa e contraditório na perspectiva mais ampla possível? Será que o procedimento criado pela Corte (e aqui nos referimos ao STF em particular) pode atribuir critério exclusivo ao Ministro Relator com o objetivo de impedir a sustentação oral (nos casos expressamente admitidos no CPC e no próprio RISTF) e de obstar o pleito de destaque formulado pelos demandantes, ambas as hipóteses em pedidos fundamentados como determina a Resolução 642/2019 do STF? Tais atos normativos infralegais poderiam esvaziar as garantias insculpidas nos artigos art. 5º, LV[26], 93, X[27] e 133[28] da Constituição Federal?

Segundo Diogo Ferraz (2020), o plenário virtual nada mais é do que um sistema informatizado para o julgamento totalmente remoto de processos, sem interação em tempo real (seja presencial ou à distância) entre os julgadores e as partes. Por esse sistema, as partes enviam vídeos ou áudios com suas sustentações orais, e, ao longo de alguns dias, os ministros vão "postando" seus votos escritos, ou simplesmente clicam em um botão para acompanhar o relator, acompanhar o relator com ressalvas, divergir do relator ou acompanhar a divergência. Não há qualquer garantia normativa de que as sustentações orais serão assistidas. Não há debates entre os ministros. São votos estanques, que em regra não conversam entre si. Trata-se, definitivamente, na visão do autor, de um ambiente

[26]Art.5º.Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV- aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[27]Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

[28]Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

absolutamente estéril para o amadurecimento de pontos e contrapontos, de argumentos e contra-argumentos, enfim, para a construção dialética do entendimento do Tribunal.

Diogo alerta que a despeito do cenário atípico atualmente vivido pela humanidade e de algumas melhorias realizadas no Plenário Virtual, esse sistema tem revelado uma ineficiência qualitativa que não pode ser admitida, representada por três principais riscos que prejudicam a formação, a delimitação e aplicação da jurisprudência: (i) precedentes sem fundamentação; (ii) precedentes que não possuem um fundamento determinante unívoco; e (iii) precedentes que não são claros quanto à conclusão adotada.

Para Ana Carolina Bastos (2020), os julgamentos virtuais realizados por nossa Corte Suprema estão repletos de inconstitucionalidades. A autora ressalta que ao optar por julgamentos públicos e decisões fundamentadas, o formato aberto de deliberação passa a ser o consectário natural e indispensável para assegurar ambas as garantias e, portanto, o devido processo legal. Dessa forma, a opção brasileira difere do modelo fechado ou secreto adotado, por exemplo, pela Corte Constitucional Italiana, pelo Tribunal Constitucional alemão e pelo Conselho Constitucional francês.

Bastos destaca ainda que na maioria desses países prevalece a premissa de que o debate constitucional entre os juízes deve ocorrer longe de olhares e pressões externas. Deliberam em espaços fechados, onde cada magistrado tem ampla liberdade para expor o seu ponto de vista e, desse modo, buscar o convencimento dos demais ou um consenso possível. Não se pode dizer que é um formato melhor ou pior. É simplesmente diferente.

Dessa forma, para a autora, o atual modelo de julgamento assíncrono pelo plenário virtual, situa-se no pior dos dois mundos (aberto e fechado), porque diminuiu o acesso aos cidadãos e a efetiva participação dos advogados, sem proporcionar um ambiente mais propícios a debates espontâneos e interação concreta entre os ministros.

CONCLUSÃO

Na nossa visão, o Tribunal Constitucional Espanhol está correto ao defender que as garantias processuais das partes envolvidas não podem se perder ou serem mitigadas por meio do uso da videoconferência, sobretudo quando o processo em questão é de natureza criminal. Afinal de contas, a presença física

precisa manter-se como regra e as sessões virtuais devem ser tratadas como exceções, devidamente justificadas.

No que diz respeito ao cenário brasileiro, precisamos esclarecer que não somos contra os julgamentos virtuais, em especial, os realizados pelo plenário virtual. No entanto, no nosso sentir, como tais julgamentos são mais abreviados e opacos que os realizados pela videoconferência, é bastante problemático possibilitar o seu uso irrestrito, sem a possibilidade de controle pelas partes interessadas, sob pena de se ferir princípios processuais constitucionais caros à nossa democracia, como o da colegialidade, da colaboração, da publicidade e do contraditório. Imagine só como poderia ter sido desastroso se o julgamento do "Mensalão" (ação penal nº 470) fosse feito no escuro, longe dos "olhos da nação", sem o amplo debate (SEIFERT, 2020)?

Não se pode deixar de considerar que o Supremo é o palco das discussões jurídicas mais importantes do Brasil, especialmente quando se tratam das ações de controle concentrado de constitucionalidade, por meio das quais se formulam teses interpretativas de cunho definitivo. Dessa forma, a expansão das hipóteses de julgamento por inclusão em lista no plenário virtual nos parece deveras patológica.

Assim, tendo em vista o exposto, é possível verificar que a virtualização dos julgamentos é um tema polêmico, seja na Espanha, seja no Brasil. Acreditamos que é preciso conhecer, analisar e debater os pontos frágeis do movimento de virtualização da justiça, em especial, dos Supremos Tribunais, e que a perspectiva comparada nos dá maior lucidez e substância para realizar essa empreitada, contornar as dificuldades e promover as necessárias adaptações.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. *As inconstitucionalidades dos julgamentos virtuais no STF. Antes, durante e depois da pandemia.* Opinião e Análise. Publicado em 12.07.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>. Acesso em 25.08.2020, às 19:00:00

BECKER e FEIGELSON, Daniel e Bruno. Acesso à justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos online de resolução de conflitos (ODR) na mitigação da crise de

justiça no Brasil. *Direito, processo e tecnologia***.** Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, fls.205-220.

BECKER e FERRARI, Isabela e Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.* Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls. 199-226.

CABRAL, Antônio do Passo. Processo e Tecnologia: novas tendências. *Direito, processo e tecnologia.* Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 fls.83-110.

CAMARINHA, ESPERATO, MARTINS, Sylvia Moreira, Vivian, Thiago. *Visual Law: a nova forma de transmissão da informação no mundo jurídico*. Regulação e Novas Tecnologias. Jota. Artigo publica em 21.12.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/visual-law-a-nova-forma-de-transmissao-da-informacao-no-mundo-juridico-21122019>. Acesso em: 25.08.2020, 20:34:00

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada.* Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER JR e CUNHA, Fredie e Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRARI, Isabela. *Justiça Digital.* Instituto New Law e Isabela Ferrari, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ, Diogo. STF, *Julgamentos virtuais e a Matrix – parte 1.* Opinião e Análise. Artigo publicado em 03.07.2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020> Acesso em: 25.08.2020, 20:00:00

MONTEIRO NETO, João Pereira. Imediação virtual e produção da prova oral por videoconferência. *Direito, processo e tecnologia.* Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.fls.420-437.

NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual (Da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.* Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls. 15-40.

NUNES e DUARTE, Dierle e Fernanda Amaral. Jurimetria, Tecnologia e Direito Processual. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.* Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls.381-422.

NUNES e RODRIGUES, Dierle e Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva de influência. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.* Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls. 227-260.

PETER, Christine. *Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do Futuro.* Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>. Acesso em: 21.08.2020, 17:00:00

ROCHA e VAUGHN, Caio Cesar e Gustavo Favero. Panorama geral sobre o julgamento virtual no STF, no STJ, no CNJ e no TST. *Direito, processo e tecnologia.* Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. fls. 127-145.

ROSA e GUASQUE, Alexandre de Morais da e Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.* Coord. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, fls. 65-82.

ROSSI e MALAFAIA, Júlio Cesar e Evie Nogueira. *#29 Julgamentos virtuais: de como a excepcionalidade tornou-se regra e essa ganhou viés arbitrário.* Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em:< https://emporiododireito.com.br/leitura/29-julgamentos-virtuais-de-como-a-excepcionalidade-tornou-se-regra-e-essa-ganhou-vies-arbitrario>. Acesso em: 24.08.2020, às 19:37:00

_____. Júlio Cesar e Evie Nogueira. *ABDPRO # 129. As recentes mudanças nos julgamentos virtuais perante o STF não podem restringir direitos.* Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-129-as recentes-mudancas-nos-julgamentos-virtuais-perante-o-stf-nao-podem-restringir-direitos>. Acesso em: 24.08.2020, 21:00:00

YARSHELL e GOMES, Flávio Luiz e Adriano Camargo. Internet e Limites da Jurisdição: uma Breve Análise à Luz do Direito Processual Civil. *Direito,*

processo e tecnologia. Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, fls.19-58.

SILVA, ALMEIDA e FONSECA NETO, Larissa Clare Pochmann da, Marcelo Pereira de e Ubirajara da. ABDPRO #142-A pandemia do COVID-19 e os julgamentos por videoconferência: a realidade brasileira e a galinha do vizinho. Coluna ABDPRO. Disponível em:< https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-142-a-pandemia-do-covid-19-e-os-julgamentos-por-videoconferencia-a-realidade-brasileira-e-a-galinha-do-vizinho.> Acesso em: 26.08.2020, às 18:00:00.

SEIFERT (2020). Priscila. *A justiça no banco dos réus: uma análise da relação entre imprensa e judiciário através da cobertura jornalística do caso "mensalão"***.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. *Princípio da Colegialidade: fundamento constitucional e necessidade de sua observância nos processos judiciais e administrativos. Legitimidade/ilegitimidade de exceções.* Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v.8, nº8 (2011), Disponível em: <https://www.epublicacões.uerj.br/index.php/redp/article/view/20390/15098>. Acesso em 15.11.2020, 20:00:00.

WOLKART, Erick Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONTRIBUTOS SPINOZANOS À CRÍTICA AO CONCEITO DE IDENTIDADE SOCIAL

Rogério Pacheco Alves
Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto
Departamento de Direito Processual, Niterói, Brasil
rogeriopachecoalves@id.uff.br

Resumo: O objetivo do presente trabalho é o de problematizar o conceito de identidade social, usualmente mobilizado nas discussões sobre minorias e populações vulneráveis, a partir do pensamento de Spinoza (1632- 1677). A problematização que ora se propõe pretende por em xeque a concepção da identidade social enquanto essência, analisando também a relação entre identidade e o processo de individualização, a identidade social e o conceito spinozano de comum, bem como a possibilidade de se pensar um devir identitário capaz de fugir do essencialismo, mas sem desprezar a existência de humores ou temperamentos individuais e sociais, forjados pela experiência histórica. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema, com incursões nos campos da filosofia e da sociologia.

Palavras-chave: DIREITOS HUMANOS; GLOBALIZAÇÃO; MINORIAS; IDENTIDADE SOCIAL; ESSÊNCIA; INDIVIDUALIZAÇÃO; COMUM; SPINOZA.

Abstract: The aim of the present work is to problematize the concept of social identity, usually mobilized in discussions about minorities and vulnerable populations, based on Spinoza's (1632-1677) thinking. The problematization that is being proposed seeks to put into question the conception of social identity as essence, also analyzing the relationship between identity and the individualization process, social identity and the spinozano concept of common, as well as the possibility of thinking about an identity becoming able to escape essentialism, but without neglecting the existence of individual and social moods or temperaments, forged by historical experience. The methodology will consist of bibliographical review on the subject, with incursions in the fields of philosophy and sociology.

Key-Words: HUMAN RIGHTS; GLOBALIZATION; MINORITIES; SOCIAL IDENTITY; ESSENCE; INDIVIDUALIZATION; COMMON; SPINOZA.

Introdução

Na experiência ocidental, a organização do poder do Estado se dá a partir da visão da maioria, cuja vontade é periodicamente aferida por intermédio das eleições, uma ocasião política que ao mesmo tempo sintetiza e comprime a expressão democrática. Há, contudo, um vínculo intrínseco entre a limitação do poder do Estado através da consagração de direitos e a opção pela democracia. É neste contexto que surge o tema dos direitos das minorias e de grupos vulneráveis, ou seja, da relação entre democracia e o respeito à diferença. E é também neste contexto que pode ser problematizada a eficácia do conceito de identidade social, usualmente mobilizado nesse debate, pois parece haver certo consenso no sentido de que o conceito de minoria é um conceito construído, e não um dado.

A identidade pode ser entendida como um conjunto de atributos e características que permitem a individualização das pessoas na sociedade e que surge de nosso pertencimento a culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas e nacionais, ou seja, a identidade é sempre social e possui diversas camadas: é sempre social na medida em que pertencimentos brotam, necessariamente, da interação com o grupamento social a que se está historicamente vinculado; possui diversas camadas uma vez que não há pertencimentos simples e unívocos, os pertencimentos são sempre complexos e plúrimos, fazendo com que todos nós tenhamos diversas identidades que convivem ora em harmonia, ora em conflito, todas elas psicologicamente e socialmente ancoradas. Além disso, a identidade social marca, a um só tempo, a similaridade que possuímos relativamente a outras pessoas ou grupos, e também aquilo que nos distingue de outras pessoas e grupos (sou brasileiro, falo português, não falo alemão).

Contudo, quando associada às minorias e populações vulneráveis o conceito de identidade vai apresentar vários problemas. Inicialmente, já que há dois processos inseparáveis na formação da identidade, o relacional (identidade para o outro) e o biográfico (identidade para si), a primeira dificuldade é saber por quem a identidade é formada (pelo grupo ou pelo indivíduo?), sendo a identidade a partir "de fora" um processo de normalização em que hierarquias e classificações cumprem o papel de definir "o que fica dentro" e "o que fica fora", num verdadeiro tribunal moral. No processo de normalização cuida-se de eleger uma identidade como parâmetro e de atribuir a essa identidade características positivas em oposição às outras identidades, avaliadas negativamente. Nesse sentido a identidade se assemelha a *status*, isto é, a papéis

sociais hierarquizados de acordo com a honra e o prestígio social, elementos presentes, por exemplo, no pensamento medieval. Os papéis sociais dependem do *status* social, que determina formas esperadas e típicas de comportamento: por exemplo, no Brasil do século XIX, do negro escravizado se esperava um comportamento dócil e pronto para o trabalho determinado pelo colonizador; no Brasil contemporâneo se espera da mulher um comportamento "adequado", discreto e honesto (a "mulher honesta" da legislação penal brasileira).

Nos processos formativos da identidade social há também a questão, crucial, sobre a possibilidade de um tipo de *drop out* ("cair fora") da etiqueta identitária socialmente colada em todos nós, sem que o "cair fora" implique em severas censuras morais, em algum tipo de "traição" ao passado e às origens ou "raízes". Há aqui um importante elemento a demonstrar a complexidade da formação das identidades e a permanente tensão entre o relacional e o biográfico.

Para além de tais problemas, os pertencimentos identitários, sendo complexos e plúrimos, podem se chocar num mesmo indivíduo ou grupo. Por exemplo, a identidade negra pode chocar-se com os interesses identitários femininos a partir de recortes de classe (a empregada doméstica negra que cuida dos filhos da patroa branca). Além disso, os pertencimentos identitários podem ser estrategicamente acionados, sem que a identidade mobilizada aniquile a identidade provisoriamente "posta de lado" (num presídio brasileiro, a identidade religiosa pode valer mais do que outras, por exemplo).

Quando correlacionados ao tema da globalização os problemas se tornam ainda maiores. De fato, se entendermos a globalização como uma fase da economia global em que se dá a articulação dialética entre o local e o global atravessada por um processo de imposição de uniformidades econômicas, mas também políticas, sociais e culturais, parece que o conceito de identidade perde a sua força e utilidade. Se há uma nova configuração do binômio tempo-espaço e do próprio espaço social, e se decisões tomadas pelo centro (Europa e EUA) repercutem sobre a periferia (América Latina, por exemplo) evaporando a ideia de que haja espaços isolados, ou seja, se a globalização impõe um processo contínuo e irreversível de interdependência, parece pouco operativo, na perspectiva da resistência e da defesa dos direito humanos, articular um conceito de pertencimento cultural ou social cujas origens, muitas vezes, remontam a tempos imaginários e imemoriais (a formação das nações e dos povos, a pureza das raças etc), isto é, a sistemas simbólicos que não mais se sustentam.

Mas há aqui uma evidente tensão se consideramos que a globalização opera também no registro contra-hegemônico que valoriza a dimensão cultural, habitada por sujeitos que não se deixam domesticar facilmente, tais como os movimentos negros, os femininos, os LGBT's etc. Naturalmente, o processo de globalização não é vivenciado da mesma forma pelos indivíduos e pelos grupos sociais. Questões de gênero e raça, só para citar dois exemplos, impõem desigualdades na experimentação da globalização. Mas, de todo modo, se há um processo hegemônico é também preciso articular um enfrentamento a partir das linhas de fuga que esse processo oferece (culturais, tecnológicas, migratórias etc), arrostar a globalização com uma contraglobalização. Contudo, nessa dimensão de resistência parece que estamos diante de algo diferente, não mais de uma identidade já dada e imóvel, mas de um devir que escapa a qualquer tipo de identidade enquanto essência.

Postas tais balizas, o objetivo do presente trabalho, a partir de revisão bibliográfica, com incursões nos campos da filosofia e da sociologia, é o de problematizar o conceito de identidade social, aparentemente um conceito central no campo das minorias, a partir do pensamento de Baruch de Spinoza (1632- 1677), o judeu polidor de lentes que foi expulso de sua comunidade religiosa em razão de suas "ousadas" ideias, e que, justamente por isso, viveu em sua própria história pessoal a experiência identitária, suas dores e delícias. A problematização que ora se propõe pretende por em xeque a concepção da identidade social enquanto essência, analisando também a relação entre identidade e o processo de individualização, a identidade social e o conceito spinozano de comum, bem como a possibilidade de se pensar um devir identitário capaz de fugir do essencialismo, mas sem desprezar a existência de humores ou temperamentos individuais e sociais, forjados pela experiência histórica.

1. Identidade enquanto Essência

Como já referido, a existência de uma pluralidade de identidades surgidas da combinação das variáveis gênero, raça e orientação sexual etc (mulher, negra e homossexual; homem, negro e heterossexual; mulher, branca e heterossexual; homem, branco e homossexual; mulher, negra e heterossexual; homem, negro e homossexual etc) gera uma série de conflitos na definição do papel a ser desempenhado em situações específicas e concretas, sobretudo em situações de risco (numa blitz policial, num presídio, num manicômio, no campo

de concentração etc qual seria a identidade prevalente?). A rigor, o conflito é anterior à definição do papel social a ser desempenhado, na medida em que a existência de variadas identidades tem como pressuposto lógico a possibilidade de convivência, no interior de cada indivíduo, de "essências identitárias" também variadas. Tais constatações já permitem problematizar o conceito de identidade social enquanto essência.

Entender a identidade social enquanto essência significa afirmar a existência de elementos comuns compartilhados por vários indivíduos e grupos, isto é, que determinados indivíduos e grupos (as mulheres, por exemplo) possuiriam determinadas características em razão de uma dada essência, uma natureza compartilhada e universal (AGUILAR, 2019). A essência seria a própria atestação da existência de determinados indivíduos e grupos, a marca distintiva (a identidade enquanto diferença) e ao mesmo tempo constitutiva (a identidade enquanto sinal da existência de elementos comuns). Para além das perspectivas do indivíduo ou do grupo, diz-se também que as culturas e práticas sociais, que moldam as identidades sociais, possuiriam suas próprias essências, constatáveis a partir de determinadas qualidades ou caraterísticas singulares: por exemplo, a identidade do futebol brasileiro, sua essência, consistiria no gingado e no drible, diferentemente da essência do futebol europeu, caracterizado pela organização tática e pela participação coletiva.

Na formação dessa identidade enquanto essência há o concurso de diversos elementos. Nessa linha, evoca-se a existência de imemoriais vínculos de parentesco ou consanguinidade (a raça ariana, por exemplo) ou a existência de um passado compartilhado (as "gloriosas batalhas" por independência travadas com outros povos), imagens que formam uma memória coletiva e uma história autêntica (WOODWARD, 2002). Aqui rituais e símbolos cumprem um papel fundamental e são mobilizados como memoriais da existência de essências que se pretende preservar nas mentes e corações das atuais e futuras gerações. Rituais e símbolos, mitos de origem etc geram segurança, ligando passado e presente, sobretudo em situações de crise e de risco de ruptura social que demandam unidade. Além de tais elementos, que aparecem muito claramente na formação das identidades nacionais e étnicas, a identidade pode ancorar-se também em elementos naturais e biológicos, como ocorre nos campos do gênero e da sexualidade, muito embora também aqui a mobilização de elementos culturais cumpra um papel importante (SILVA, 2014), como se dá na formação da imagem de que as mulheres seriam mais frágeis, física e psicologicamente.

Um primeiro problema que surge do essencialismo é a sua forte feição binária, a sua inclinação à negação da possibilidade de ambiguidades e ambivalências (WOODWARD, 2002), num horizonte existencial de um purismo que busca manter a ordem social (WOODWARD, 2014), mas que a "vida como ela é" nega a todo instante. Ou seja, a identidade enquanto essência tende a forjar modelos existenciais que se opõem a modos de existência tidos por imperfeitos e impuros, uma cesura entre "nós" e "eles". A formação de uma identidade "europeia" em oposição a uma identidade "mulçumana" é um bom exemplo do binarismo a que nos referimos. Há aqui uma positividade ("o que sou"), a qual, contudo, "é parte de uma extensa cadeia de 'negações', de expressões negativas de identidade, de diferenças" (SILVA, 2014, p. 75).

Um segundo problema do essencialismo identitário é a sua rigidez, a tendência à cristalização de determinadas visões de mundo e práticas sociais, o que gera a imagem de um passado fixo com uma história linear e simples que não acomoda as divergências, as mudanças ou qualquer tipo de flexibilidade, interditando a possibilidade de reconstrução das identidades (WOODWARD, 2002; HALL, 2014).

Tanto a negação da diferença (feição binária e excludente) quanto a rigidez do essencialismo identitário decorrem de um certo idealismo que forja a identidade e põe essência e existência em campos distintos, o que a imanência de um existir sempre concreto problematizará de diversas formas. Já para Spinoza, essência e existência são inseparáveis:

> Digo pertencer à essência de uma certa coisa aquilo que, se dado, a coisa é necessariamente posta e que, se retirado, a coisa é necessariamente retirada; em outras palavras, aquilo sem o qual a coisa não pode existir nem ser concebida e vice-versa, isto é, aquilo que sem a coisa não pode existir nem ser concebido (EII, Def. 2).[1]

A inseparabilidade de essência e existência, ou seja, a concepção de que a essência é sempre atual e concreta, indicia a filiação materialista de Spinoza, sua ancoragem à imanência, a negar a proeminência do ideal sobre o mundo sensível (dualismo). Na verdade, o cavalo não existe, nem tampouco a "cavalidade" (essência) do cavalo (coisa), o que existem são este cavalo, aquele cavalo etc. Da

[1] Utilizaremos uma forma abreviada de citação das obras de Spinoza, em que E=Ética; II=livro; P=proposição; D=demonstração; def.=definição; esc. ou escólio= escólio; TP= Tratado Político; TTP=Tratado Teológico Político.

mesma forma, nessa linha, a negritude não existe, o que existem são este negro, aquele negro etc.

Se, por um lado, a essência põe a coisa, por outro, sem a coisa não há essência, isto é, sem a coisa a essência sequer pode ser concebida. E a coisa, como veremos adiante, é interna e externamente plural, conflituosa, tensa em sua composição e em suas relações, jamais uma coisa estática e pura. Assim, contra a tradição, Spinoza estabelece uma relação de simetria entre essência e coisa, "a essência sendo essência da coisa, e a coisa, essência da essência" (RAMOND, 2010, p. 36). É exatamente o que se dá na matemática, em que a coisa e sua essência (definição) são idênticas.

Tal simetria, quando bem compreendida, implode o conceito de identidade social, pois a essência identitária não pode ser uma abstração inerente a indivíduos ou grupos, mas sim, a manter-se a utilidade do conceito, [2] o resultado do conjunto das relações sociais que tais indivíduos ou grupos travam em suas existências sempre concretas

O que surpreende na definição de essência de Spinoza não é tanto a sua primeira parte, coincidente com a definição tradicional e mesmo usual de essência (essência enquanto "natureza"), mas justamente a sua segunda parte, que, como já referido, estabelece uma relação de simetria entre coisa e essência. Assim, se, por um lado, retirar a essência da coisa significa retirar a própria coisa, por outro, uma essência não pode existir sem a coisa a qual se refere, o que está a indicar que a essência tem uma realidade física (DELEUZE, 2014), uma positividade que lhe é inerente, é um agir (MACHEREY, 1997). Spinoza estabelece, desse modo, uma lógica que impede que a essência de uma coisa possa ser identificada a um gênero abstrato "indiferente à sua essência de coisa singular" (MACHEREY, 1997, p. 22), ou seja, para nosso autor, a natureza de algo não pode ser concebida senão como existente.[3]

Ainda sobre o problema da essência, referindo-se agora especificamente ao homem, Spinoza afirmará que o desejo "... é a própria essência ou natureza de cada um, à medida que ela é concebida como determinada em virtude de algum estado preciso de cada um, a realizar algo" (EIII, P. 56, demonstração) e que

---

[2] Como defendido por Hall (2014, p. 104) em razão de sua centralidade para a questão da (*agency*), ou seja, o elemento ativo da ação individual.

[3] Por exemplo, o Deus de Spinoza é um ponto de partida objetivo, não um criador, é *causa sui*, isto é, "aquilo cuja essência envolve a existência, (...) aquilo cuja natureza não pode ser concebida senão como existente" (EI, Definição 1).

"um afeto qualquer de um indivíduo discrepa do afeto de um outro tanto quanto a essência de um difere da essência de outro" (EIII, P. 57). A realização desse "algo" é precisamente delineada: "o apetite [ou desejo] é a própria essência do homem, enquanto determinada a agir de maneiras que contribuem para a sua conservação" (EIII, definições dos afetos, 1, Explicação).[4] Em razão disso, trata-se sempre de uma *essência singular* (a essência de Maria) e não da essência de uma identidade ou da identidade enquanto essência (a identidade das "mulheres").

A atualidade da essência contra a rigidez identititária decorre da concepção de Spinoza de que cada coisa "esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser" (EIII, P. 6), ou seja, que há em todas as coisas um esforço em perseverar na existência (*conatus*) enquanto um tipo de dinamismo positivo de resistência a tudo que a elas se opõe e aos perigos inerentes ao viver,[5] uma estratégia de guerra e de resolução de problemas postos pelas situações de risco (BOVE, 2012), o que faz com que o conceito de identidade perca muito de sua operacionalidade em razão de sua natureza estática.

Em suma, a concepção da identidade enquanto essência, diversamente do proposto por Spinoza, prescreve modos de vida fundados na distinção entre existência e essência, o que, em razão da pluralidade e dos conflitos identitários já referidos, abre a possibilidade de juízos, por vezes morais, mas sempre negativos, de que o homem não seja, de fato, o que é "potencialmente", isto é, "de não ser o que deveria ser".

2. Identidade e Individualização

O conceito de identidade social vai encontrar também uma entrada crítica a partir do conceito de indivíduo de Spinoza, ou seja, a concepção da

---

[4] Spinoza chamará de *conatus* aessência atual de uma coisa singular ("O esforço pelo qual cada coisa se esforça por perseverar em seu ser nada mais é do que a sua essência atual" - EIII, P. 7). O *conatus* é o esforço em perseverar na existência, presente em todas as coisas. Ao mesmo tempo em que pontua o *conatus* como um tipo de amor a si mesmo, Spinoza relembra ser totalmente impossível que não precisemos de nada que nos seja exterior para conservar o nosso ser e que vivamos apartados das coisas que estão fora de nós. Assim, o desejo supõe uma *relação* e só pode ser concebido no interior da interação que o homem estabelece com outros homens ou outras coisas.

[5] "… nenhuma coisa tem em si algo por meio do qual possa ser destruída, ou seja, que retire a sua existência (...); pelo contrário, ela se opõe a tudo que possa retirar a sua existência" (EIII, P. 6, Demonstração).

multiplicidade interna do indivíduo e a ideia do indivíduo enquanto uma multiplicidade tensa.

Uma das originalidades do pensamento de Spinoza consiste em estabelecer uma relação de igualdade, ou paralelismo, entre mente e corpo, contrariamente à tradição, especialmente a Descartes que, a partir do cogito e da concepção hierarquizada entre corpo e mente, considerava possível a existência da alma, isto é, da mente, independentemente da existência do corpo, mera extensão não pensante, sendo a essência do homem unicamente o pensar. Diversamente, Spinoza dirá que "a mente não conhece a si mesma senão enquanto percebe as ideias das afecções do corpo" (EII, P. 23) e que "o objeto da ideia que constitui a mente humana é o corpo' (EII, p. 13), o que está a significar que a mente não é autofundante.

Em sua Ética, o tema do corpo é tratado na parte em que Spinoza investigará a natureza e a origem da mente (livro II). A partir da proposição n. 13, utilizando-se dos paradigmas da Física do Século XVII, Spinoza discorrerá sobre a natureza do corpo humano, a união entre mente e corpo, a dinâmica corporal de movimento e repouso, a singularidade dos corpos etc. É também na Proposição 13 da EII que aparecerá o conceito de indivíduo, mais especificamente no momento em que Spinoza expõe a sua "pequena física" a respeito dos corpos:

> Quando corpos quaisquer, de grandeza igual ou diferente, são forçados, por outros corpos, a se justaporem, ou se, numa outra hipótese, eles se movem, seja com o mesmo grau, seja com graus diferentes de velocidade, de maneira a transmitirem seu movimento uns aos outros segundo uma proporção definida, diremos que esses corpos estão unidos entre si, e que, juntos, compõem um só corpo ou individuo, que se distingue dos outros por essa união de corpos (EII, P. 13, Definição).

Essa concepção é complementada pelas afirmações no sentido de que "o corpo humano compõe-se de muitos indivíduos (de natureza diferente), cada um dos quais é também altamente composto" (EII, P. 13, Postulado 1), de que "os indivíduos que compõem o corpo humano e, consequentemente, o próprio corpo humano, são afetados pelos corpos exteriores de muitas maneiras" (EII, P. 13, Postulado 2) e de que "o corpo humano tem necessidade, para conservar-se, de muitos outros corpos, pelos quais ele é como que continuamente regenerado" (EII, P. 13, Postulado 4).

Para Spinoza, o indivíduo é uma união de corpos num corpo composto (o homem, por exemplo) e como tal é finito (uma coisa que pode ser limitada por outra da mesma natureza – EI, Definição II) e particular (é uma afecção dos

atributos de Deus, ou seja, é um modo pelo qual os atributos de Deus se exprimem – EI, P. 25, Corolário). Poderá ser também um singular quando contribui com outros indivíduos para uma mesma ação:

> Por coisas singulares compreeendo aquelas coisas que são finitas e que têm uma existência determinada. E se vários indivíduos contribuem para uma única ação, de maneira tal que sejam todos, em conjuto, a causa de um único efeito, considero-os todos, sob este aspecto, como uma única coisa singular (EII, Definição 7).

O singular pode ser simples ou composto (o povo brasileiro, por exemplo), mas jamais será um singular fechado em si. Por sua peculiar dinâmica de movimento e repouso, o indivíduo é distinto de outros indivíduos,[6] também eles peculiares, o que confere ao indivíduo uma "identidade", mas num sentido muito diferente do uso *mainstream* do conceito de identidade.

Esse "um só corpo" que é o indivíduo, e não sua mente, o distingue dos outros indivíduos, também eles compostos por uniões específicas de corpos cujos movimentos se dão segundo uma proporçao definida. Somente nessa perspectiva pode-se dizer que o indivíduo tem uma "identidade", a qual, de todo modo, jamais será uma essência imutável ou rígida. Vê-se, portanto, que a multiplicidade é essencial ao indivíduo e nele haverá um "comércio contínuo de movimentos em determinações mútuas (CAMPOS, 2010, p. 85). Por isso, "... a formação do comum em corpo não cumpre o pré-estabelecido de uma harmonia perfeita, mas é resultado de um jogo de tensões entre corpos que estão relacionados entre si à força" (CAMPOS, 2010, p. 85). Além da multiplicidade, os corpos compostos são, intrinsecamente, relações por excelência, relações que marcam justamente a sua individualidade, contra qualquer tipo de essencialismo estático.

Mas haverá sempre a tensão relacional entre o indivíduo e o seu entorno. Aqui o conceito de transindividualidade (BALIBAR, 1996) dará conta de forma bastante clara dessa relação entre o individual e o supraindividual (ou multitudinário, que pode ser uma "nação") a partir das premissas segundo as quais a individualidade em Spinoza é a forma de existência necessária e, portanto, real; a de que o indivíduo é uma unidade composta de partes distintas; e, fundamentalmente, a ideia de que a construção do indivíduo e sua atividade implicam uma relação com outros indivíduos, pois os processos que autonomizam os indivíduos não são separados, mas recíprocos e

[6] "Os corpos se distinguem entre si pelo movimento e pelo repouso, pela velocidade e pela lentidão, e não pela substância" (EII, P. 13, Lema 1).

interdependentes (BALIBAR, 1996, p. 37). Como consequência, "(…) o *conatus* de cada essência (…) implica ao mesmo tempo uma resistência à sua destruição por outras coisas e uma combinação ou coalizão com outras coisas 'semelhantes' contra a adversidade" (BALIBAR, 1996, p. 37).

Além disso, se o desejo é a significação efetiva do *conatus*, o outro nome desse perseverar no ser (EIII, Definições dos Afetos 1, Explicação), que é a própria essência do homem tomado na perspectiva da afirmação de uma essência individual, há a afirmação de uma individualidade que convive com a constatação do desejo enquanto condição natural de todos os homens, o que faz com que ora o desejo apareça como um traço comum a todas as coisas singulares, ora como "partido em tantos tipos e identidades diferentes quantos sejam as combinações possíveis de sujeitos e objetos do desejo" (RAMON, 2010, p. 33). Evidentemente, o ser próprio a todos os homens não induz à fundação de uma identidade, pois "... o desejo de um indivíduo discrepa do desejo de um outro, tanto quanto a natureza ou a essência de um difere da essência do outro" (EIII, P. 57, Demonstração). De fato, "… quando comparamos os homens entre si, nós os distinguimos unicamente pela diferença dos afetos, chamando uns de intrépidos, outros de tímidos e outros ainda, enfim, por outro nome" (EIII, P. 51, Escólio). Para Spinoza, os afetos se distinguem pelos objetos aos quais são referidos (EIII, P. 56, Escólio) e um mesmo homem pode ser "afetado de diferentes maneiras relativamente a um mesmo objeto e, sob tal condição, ele é volúvel" (EIV, P. 33, Demonstração).

A partir de tais aportes spinozanos é possível compreender que os processos de individuação são interdependentes e recíprocos (BALIBAR, 1996) e que a conformação de um indivíduo sempre estará em relação com outros indivíduos (AGUILAR, 2019), num processo contínuo. Daí se segue que a formação de "identidades" será sempre um movimento sem fim de (permanente) interpenetração e de atravessamentos causados pela dinâmica das relações desejantes dos indivíduos e dos grupos.

Talvez seja o caso de falar-se, então, não mais em identidade social, mas em "devir" (ou "devires"). Como nos ensinará Deleuze,

> Devir é nunca imitar, nem fazer como, nem se conformar a um modelo, seja de justiça ou de verdade. Não há um termo do qual se parta, nem um ao qual se chegue ou ao qual se deva chegar. Tampouco dois termos intercambiantes. A pergunta 'o que você devém?' é particularmente estúpida. Pois à medida que alguém se transforma, aquilo em que ele se

> transforma muda tanto quanto ele próprio. Os devires não são fenômenos de imitação, nem de assimilação, mas de dupla captura, de evolução não paralela, de núpcias entre dois reinos (DELEUZE, 1998, p. 184).[7]

3. Identidade e o Comum

O conceito de identidade tomado em sua concepção *mainstream* é um universal racional (*a priori*) que marca tanto a diferença (a identidade exclusiva e diferente dos demais) quanto a semelhança (a identidade com outros).

Os universais são um conceito da razão e uma invenção do pensamento grego e da tradição judaico-cristã incorporada pela tradição ocidental (ex. democracia, cidadania, natureza humana etc). É possível distinguir, contudo, dois tipos bastante diversos de universal: o universal em sentido "fraco", da ordem da experiência e de juízos de fato que fazemos ordinariamente ("o homem é um animal bípede"; "os bebês choram"); e o universal em sentido "forte", que poderíamos denominar de universal abstrato pois é anterior à experiência (*a priori*) e forma juízos necessários e imperativos (tudo ou nada, "é ou não é"), juízos prescritivos. Os universais abstratos são da ordem do "dever-ser"- daí a sua utilização privilegiada pelo direito-, e nascem como uma exigência da ciência, que demanda validade universal, necessária e objetiva (legitimidade e verdade). Naturalmente, haverá problemas na utilização dos universais abstratos pelas ciências sociais, que envolvem indagações sobre a passagem das leis da natureza aos valores, á ética, à política, à cultura etc.

O problema do universal abstrato se liga, mais amplamente, à formação do "UM" (unidade) próprio da civilização ocidental (na política, a formação do Estado "contratualizado" e de um "povo" como forma de conter a pluralidade explosiva da multidão), que na tradição judaico-cristã se expressa na criação de todas as coisas por um único Deus e no humanismo universalista de S. Paulo, que encontrará na conversão de Constantino e no nascimento do Império Cristão (312 d.c.) um ponto de culminância.[8]

---

[7] "(...) num devir qualquer (devir-animal, devir-mulher etc.), não é o término que é buscado (o animal ou a mulher que nos tornamos), mas sim o próprio devir, ou seja, as condições de um relançamento da produção desejante ou da experimentação" (ZOURABICHVILI, 2004, p. 18).

[8] No contemporâneo, como apontado por JULIEN (2009), surge o uniforme enquanto *repetição* do "UM" do universal (*uni-versus*). Da ordem da regularidade, da série, da

Os universais abstratos habitam a imaginação e surgem da representação mutilada das coisas singulares pelos sentidos, ou seja, dos signos formados pela memória, pela linguagem e pela imaginação. Para Spinoza resultam da confusão do corpo na formação de imagens e do ultrapassamento de sua capacidade de imaginar diferenças entre coisas singulares (como, por exemplo, a cor, o tamanho, etc, de cada um):

> (...) essas noções não são formadas por todos da mesma maneira. Elas variam, em cada um, em razão da coisa pela qual o corpo foi mais vezes afetado, e a qual a mente imagina ou lembra mais facilmente. Por exemplo, os que frequentemente consideram com admiração a estatura dos homens compreenderão, pelo nome de homem, um animal de estatura ereta; os que estão acostumados a considerar um outro aspecto formarão dos homens outra imagem comum, por exemplo, que é um animal que ri, que é bípede e sem penas, que é um animal racional. E, assim, cada um, de acordo com a disposição do seu corpo, formará imagens universais das outras coisas (Escólio 1 da Proposição 40 da EII).

A identidade social seria, então, se tomarmos a sério a advertência de Spinoza, nada mais do que uma representação imaginária e mutilada das diversas camadas de diferença relativamente ao gênero, raça, nacionalidade etc, um esforço, débil, de unificação da pluralidade e da singularidade. De fato, é extremamente problemático falar numa identidade feminina, dada a diversidade de indivíduos "mulher"; da mesma forma, falar em "identidade brasileira" (ou francesa, italiana, alemã etc), para citar mais um exemplo, ignora a imensa diversidade de nossa formação histórica, social e cultural; a existência de uma identidade negra também seria questionável, pelas mesmas razões.

Diversamente de conceitos universais de toda a ordem, que são impostos e já dados, o conceito de comum não é da ordem da razão (lógica), mas da ordem do político, é aquilo que é partilhado e do qual participamos (o pertencimento a uma família, a uma cidade), ou seja, uma comunidade de vida, de trabalho, de cultura, a construção de espaços comuns etc (JULIEN, 2009).

O comum enraiza-se na experiência - uma significativa diferença relativamente aos universais abstratos-, aprofunda-se nela e a enriquece. Embora

---

imitação e da produção (princípio da funcionalidade), produto da globalização e corruptela do universal, o uniforme adormece, produz a monotonia e o "mesmo". A uniformização não se limita aos bens materiais, invade o imaginário (o imaginário adolescente, por exemplo), sendo o seu oposto a *diferença (*com relação ao *outro* ou a *si*), que gera o direito a uma história própria e cria tensões (o "imperfeito", o "anormal", o "imoral" etc).

tenha um prévio, um originário (a família, a nação, a raça, o gênero), nos qual todos nós estamos desde sempre mergulhados, esse "prévio" não é necessário pois sempre se pode investir em novas relações do comum (uma nova nação, uma nova família, uma nova sexualidade etc). Por isso o comum é da ordem da decisão política e não da ordem da moral, ou seja, não é um universal prescritivo e necessário (JULIEN, 2009). A vinculação ao comum é realizada na coisa (*in re*), a abstração do universal é ulterior, ou seja, *post rem* (JULIEN, 2009, p. 39). Além disso, a extensão do comum é gradual:

> (...) tenho algo em comum com os da minha cidade; numa outra escala, com meus compatriotas; ou, mais amplamente, no estágio da comunidade europeia ou da comunidade ou ´família humana'; até mesmo, ainda mais amplamente, com todos os seres racionais, incluindo os deuses (*idem*).

Em Spinoza há elementos que são comuns a todas as coisas, e que existem igualmente na parte e no todo: "existem certas ideias ou noções comuns a todos os homens" (todos os corpos estão ou em movimento ou em repouso; o homem é bípede e ri). As noções comuns mais universais são as menos úteis por representarem uma similitude ou comunidade de composição num nível mais geral (mas não abstrato), ou seja, a partir de um ponto de vista ainda externo. Já as noções comuns menos universais são as mais úteis, pois estabelecem uma similitude entre corpos que *convêm* diretamente, a partir de seu próprio ponto de vista (o que é comum ao meu corpo e a certos corpos exteriores). Neste caso, tem-se a criação de conveniências pelos encontros (e não de identidades). As noções comuns menos gerais, por resultarem dos encontros específicos, formam-se em nós antes das noções comuns mais universais e é precisamente ao nível do "menos universal" que conquistamos nossa potência de agir: "À medida que uma coisa concorda com a nossa natureza, ela é necessariamente boa" (EIV, P. 31). Enfim, o comum é da ordem da troca, da circulação e da comunicação e não se opõe nem ao individual singular (não há "achatamento") nem ao diferente. Tem-se aqui um comum "aberto".

Mas o comum pode ser também "fechado" e excludente, ou seja, um comum que cria fronteiras, muros, cercas e muralhas (ex-comunga), a xenofobia, por exemplo (JULIEN, 2009). Assim, o identitário, se concebido enquanto um "comum fechado", ou seja, enquanto enclausuramento baseado em operações de inclusão e exclusão, se contrapõe ao comum spinozano, aberto às relações que se formam a partir do encontro de conveniências (e não de identidades universais, insista-se) dos encontros que os homens travam com outros homens com os quais possuem algo em comum, em quem identificam uma utilidade de comunidade,

mas que não serão necessariamente identitários, pois "nossa potência de agir (...) pode ser determinada e, consequentemente, estimulada ou refreada pela potência de outra coisa singular que tem algo em comum conosco, e não pela potência de uma coisa cuja natureza é inteiramente diferente da nossa" (Demonstração da Proposição 29 da EIV). Assim, "uma coisa singular qualquer, cuja natureza é inteiramente diferente da nossa, não pode estimular nem refrear a nossa potência de agir e, absolutamente, nenhuma coisa pode ser, para nós, boa ou má, a não ser que tenha algo em comum conosco" (EIV, P. 29).

E não serão necessariamente identitários, pois as coisas exteriores ou serão de tal modo diferentes a ponto de serem neutras ou indiferentes para nós (não são "boas" ou "más" para nós), ou elas terão alguma coisa em comum conosco, e por isso contribuirão à nossa potência de agir (serão "boas" para nós) ou lhe farão obstáculo (serão "más" para nós). Esse repertório é exaustivo (MACHEREY, 1997) e a partir dele podemos compreender que as coisas que tem algo em comum conosco (o gênero, por exemplo) *podem ser*, mas não serão necessariamente boas para nós, ou seja, não concordarão necessariamente com a nossa natureza. Podem concordar, ou não. Para Spinoza, "à medida que uma coisa concorda com a nossa natureza, ela é necessariamente boa" (EIV, P. 31) e "… quanto mais uma coisa concorda com a nossa natureza, tanto mais útil ou melhor é para nós" (EIV, P. 31, Corolário). Como se vê, concordar é muito mais do que "ter algo em comum" - embora o ter algo em comum seja um antecedente lógico ou um pressuposto da concordância - e é necessariamente bom. Nas proposições 35, 36 e 37 da EIV[9] Spinoza cuidará especificamente da *concordância* nas relações inter-humanas, ou seja, em que medida os homens são úteis e bons uns aos outros, o que também põe em xeque o conceito de identidade enquanto um mero universal abstrato ou mesmo um "ter algo em comum".

Enfim, se o comum for o ato de compartilhar uma essência, os outros indivíduos que não compartilhem dessa essência serão incompatíveis com a possibilidade de cooperação, ou seja, incapazes de formarem alianças (AGUILAR, 2019). Trata-se de um imenso risco, fruto, em parte, da tendência,

[9] "Apenas à medida que vivem sob a condução da razão, os homens concordam, sempre e necessariamente, em natureza" (EIV, P. 35); "O supremo bem dos que buscam a virtude é comum a todos e todos podem desfrutá-lo igualmente" (EIV, P. 36); "Todo aquele que busca a virtude desejará, também para os outros homens, um bem que apetece para si próprio, e isso tanto mais quanto maior conhecimento tiver de Deus" (EIV, P. 37).

sobretudo europeia, de encarar a identidade não como uma questão de pertencimento mútuo (copertencimento), mas sim como uma relação do mesmo com o mesmo (Mbembe, 2018).

Conclusão

Spinoza vive numa Holanda economicamente forte e "globalizada", um dos centros comerciais e culturais de seu mundo, a maior província da República dos Países Baixos. É expulso, em 27 de julho de 1656, do círculo dos judeus portugueses de Amsterdã sob a acusação de que suas ideias e seus escritos colocavam em risco a harmonia social, política e religiosa de sua comunidade. A excomunhão (*cherem*, *ex-comunga*) representou para Spinoza um difícil processo de rompimento identitário, dado que sua família gozava de considerável prestígio, sendo a exclusão um tipo de expulsão física e social. Mas talvez justamente por isso seu pensamento esteja em condições de nos fornecer elementos críticos para pensar o conceito de identidade social no contemporâneo.

Naturalmente, há elementos compartilhados universalmente, o que a experiência demonstra, mas que não são universais abstratos: o corpo feminino, a cor da pele, a língua compartilhada desde a infância etc. Além disso, os indivíduos e os povos possuem, cada qual, o seu *ingenium,* termo que em Spinoza pode ser traduzido como "compleição", "temperamento", "humor", "constituição", "maneira" ou "modo"[10] ou ainda como "caráter":[11] os ingleses apreciam o chá da tarde e são pontuais; os espanhóis são calorosos e gostam da sesta; os brasileiros são festeiros e religiosos, e por aí vai. O *ingenium* individual ou coletivo é um acúmulo histórico, um modo de ser individual e coletivo que nasce da interação social a partir de determinadas coordenadas de espaço e tempo, de relações historicamente consolidadas, mas que não são uma essência.

Sabe-se que não há mais um sujeito capaz de encarnar uma vulnerabilidade universal (o trabalhador marxista, por exemplo), constatação que abre o campo dos direitos humanos à diferença. Mas, sem prejuízo disso, também não há "a cor absoluta", mas a cor em relação com outra cor ou com outros elementos (a luz, o fundo). Por isso, talvez seja o caso de evitar os "Tribunais Identitários", ou seja, simplesmente identificar aquilo que nos

---

[10] Tratado Político, Capítulos I, § 5º, 2, §9º, 2, §18, 3, §3º, e 5, §2º.

[11] Tratado Político, Capítulos 7, §30, 8, § 37, e 10, §7º.

convém ou desconvém de modo a permitir a chegada e o florescer de novos modos de existência. Em suma, do pensamento de Spinoza brota uma complexa articulação entre similitude e diferença que não se deixa reduzir à simplicidade e às amarras do conceito de identidade.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Claudia. *Mujeres: Resignificación, Resistencia y Alianzas*. Uma propuesta desde la teoria de la individualidad spinoziana. Buenos Aires: Ragif Ediciones, 2019;

BALIBAR, Étienne. *Individualité et Transindividualité chez Spinoza*. In: Architectures de la Raison. Mélanges offerts à Alexandre Matheron. Paris: ENS Éditions, 1996.

BOVE, Laurent. *La Stratégie du Conatus*. Affirmation et Résistance chez Spinoza. Paris: VRIN, 2012.

CAMPOS, André Santos. *Jus Sive Potentia.* Direito Natural e Individuação em Spinoza. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2010.

DELEUZE, Gilles. DELEUZE, Gilles. *Crítica e Clínica*. 2ª edição. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. *Spinoza et le Problème de L'Expression*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2014.

DELEUZE, Gilles; PARNET, Claire. *Diálogos*. São Paulo: Escuta, 1998.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos Essenciais de Sociologia*. 2ª. Edição. Tradução de Cláudia Freire. São Paulo: Editora UNESP, 2017.

HALL, Stuart. *Quem Precisa da Identidade*. In: Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais. Tomaz Tadeu da Silva (org.). 15ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Itinerários para a Proteção das Minorias e dos Grupos Vulneráveis: os Desafios Conceituais e de Estratégias de Abordagem*. In: Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. I. Liliana Lyra Jubilut et alii (coords.). São Paulo: Saraiva, 2013.

JULIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas*. Do Universal ao Multiculturalismo. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MACHEREY, Pierre. *Introductions à l'Étique de Spinoza*. La Seconde Partie. La Réalite Mentale. Paris: PUF, 1997.

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Tradução de Sebastião Nascimento. 3ª edição. São Paulo: n-1 edições, 2019.

RAMOND, Charles. *Vocabulário Espinosa*. Tradução de Cláudia Berliner e Homero Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Tomaz Tadeu da. *A Produção Social da Identidade e da Diferença*. In: Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais. Tomaz Tadeu da Silva (org.). 15ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

_____. *Tratado Político*. Tradução de Manuel de Castro. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

WOODWARD, Kath. *Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: Identidade e Diferença: a Perspectiva dos Estudos Culturais. Tomaz Tadeu da Silva (org.). 15ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. *Questioning identity: gender, class, ethnicity*. London: Routledge, 2004.

_____. *Understending Identity*. London: Hodder Education, 2002.

ZOURABICHVILI, François. *O Vocabulário de Deleuze*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Centro Interdisciplinar de Estudo em Novas Tecnologias e Informação, 2004 (versão eletrônica).

A INADEQUAÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO DE DIREITO NA REALIDADE BRASILEIRA: provocações críticas a partir de Nancy Fraser e Judith Butler

Simone Vinhas de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina, Professora Assistente
Londrina, Brasil
vinhas@uel.br

Beatriz Kimura de Oliveira Mendes
Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina
Londrina, Brasil
beatriz.kimura@uel.com

Vinicius Gomes de Lima
Graduando em Direito na Universidade Estadual de Londrina
Londrina, Brasil
vinicius.gomes@uel.com

Resumo: O presente estudo se dedica a explorar o conceito de sujeito de direito, a partir de uma construção histórica de desenvolvimento do Direito Privado no Brasil. Nesse sentido, buscou-se por meio de uma problematização da lógica de desigualdade instituída por meio da colonização europeia, questionar os padrões impostos pelo colonizador no que diz respeito a construção do sujeito de direito burguês e europeu, que não se enquadra na realidade latino-americana e brasileira. Para tanto, articulou-se o pensamento das autoras Judith Butler e Nancy Fraser, que apesar de inseridas no contexto estadunidense, fornecem potencial teórico para a desconstrução do sujeito moderno. Os procedimentos e técnicas utilizadas na pesquisa foram levantamentos documentais e bibliográficos relativos à historicidade da formação jurídica nacional, buscando articular conhecimentos jurídicos e sociológicos com a realidade empírica. O resultado alcançado foi a identificação da necessidade de reformulação do conceito de sujeito para o Direito brasileiro, no conceito de autonomia, de modo que a experiência do sujeito ultrapasse as noções burguesas de propriedade, família e autonomia privada.

Palavras-chave: Sujeito de direito; Direito Privado; Desigualdade; Nancy Fraser; Judith Butler.

Abstract: The present study is dedicated to exploring the concept of subject of law, from a historical construction of the development of Private Law in Brazil. In this sense, we sought through a problematization of the logic of inequality instituted through European colonization, questioning the patterns imposed by

the colonizer of the subject of bourgeois and European law, which does not fit the Latin American and Brazilian reality. To this end, the thoughts of the authors Judith Butler and Nancy Fraser, who, although inserted in the American context, provide theoretical potential for the deconstruction of the modern subject were articulated. The procedures and techniques used in the research were documentary and bibliographic surveys related to the historicity of national legal formation, seeking to articulate legal and sociological knowledge with empirical reality. The result achieved was the identification of the need to reformulate the concept of subject to Brazilian law, in the concept of autonomy, so that the subject's experience exceeds the bourgeois views of property, family and private autonomy.

Key-Words: Subject of law; Private Law; Inequality; Nancy Fraser; Judith Butler.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar o sujeito de direito na conceituação histórica, construída pela experiência do Direito Privado no Brasil a partir do colonialismo brasileiro até a contemporaneidade, e as possibilidades de desconstrução teórica por um viés crítico.

O conceito de sujeito, na contemporaneidade, demanda uma diversidade desestruturante para compreender uma construção do Direito mais ampla, para reconhecer uma pluralidade de sujeitos sociais. Isto porque o conceito de sujeito moderno europeu não consegue compreender a diversidade latinoamericana somente pelos seus paradigmas.

Neste contexto, verificamos algumas teorias que identificaram, ainda na realidade estadunidense, essa percepção que desestrutura o conceito moderno de sujeito, daquele que socialmente atinge *status* de destinatários de direitos. Para isso, contribuíram as teóricas feministas, contra o identitarismo estruturante, Judith Butler no conceito de performatividade e Nancy Fraser corroborando com a desconstrução do identitarismo, nas teorias sobre reconhecimento.

A partir disso, podemos justificar essa pesquisa na investigação sobre qual sujeito de direito privado identificamos, tendo em vista sua emancipação, para além dos conceitos de propriedade privada, família e religião – concebidos à luz da modernidade.

Nos primeiro e segundo tópicos, desenvolvemos a historicidade no Brasil sobre o conceito de sujeito de direito, demarcando com isso as estruturas de opressão no modelo escravagista, desvirtuando o conceito de sujeito moderno

europeu. Importante ressaltar que os conceitos do sujeito advindos da tradição europeia foram deturpados no continente americano, especialmente no contexto brasileiro, pelos próprios europeus colonizadores.

Eis que a ideia de uma sociedade escravagista, no modelo mercantilista, foi forjada no continente europeu, para exploração das Américas colônias.

No terceiro tópico, investigamos duas autoras norte-americanas que, a partir de uma luta de emancipação das mulheres e dos corpos, vislumbraram teorias que analisam o processo de construção dos direitos humanos e, assim, podem contribuir a partir de outros olhares com a construção de um novo sujeito ou da desconstrução do sujeito moderno para o Direito – especialmente, para aquele exercido pelas pessoas. Em outras palavras, como poderíamos desconstruir o sujeito da modernidade.

A hipótese do trabalho é a possibilidade de vislumbrar, a partir de uma perspectiva teórica, uma renovação do sujeito de direito por meio de uma coletividade, que envolve uma ação política que não se desconecta com a sua individualidade.

Para isso, investigamos documentos históricos, conceitos teóricos e experiências que podem construir os dados que compõe a presente pesquisa. A metodologia utilizada foi a de exploração de dados bibliográficos, na verificação destes a partir da experiência brasileira, para alcançar os conceitos teóricos trabalhados. Neste sentido, o método foi o indutivo hipotético.

O resultado encontrado é a necessidade de reformulação do sujeito privado para o Direito brasileiro, no conceito de autonomia, eis que a experiência do sujeito ultrapasse as noções burguesas de propriedade, família e autonomia privada.

1. O conceito de sujeito de direito no Brasil colonial

A investigação da categoria sujeito, no campo do Direito Privado brasileiro, pode ser verificada pelo viés histórico de identificação dos fatores que influenciaram sua construção. Partindo da compreensão da cultura jurídica moderna da Europa Ocidental, observamos os elementos estruturantes daquilo que se convencionou nomear como *sujeito de direito*.

Sujeito, no sentido atribuído pela lógica ocidental-europeia, é uma acepção que quase se confunde com o significado da modernidade e se caracteriza como alguém destinatário de direitos e deveres. Este "alguém", no entanto, é um ser determinado por conjunturas políticas, sociais, culturais e econômicas, de modo que uma melhor definição seria atribuir a palavra "homem" para exprimir o significado moderno do conceito. De forma crítica, pensemos no *sujeito* como produto da construção iluminista: o homem branco, europeu, racional e burguês.

Por seguir uma tradição jurídica imposta pelos colonizadores europeus, o direito brasileiro, desde a colonização até a contemporaneidade, reproduz, de certo modo, a concepção de sujeito lapidada a luz da modernidade europeia, sem considerar as diferenças sociais, econômicas e políticas do contexto nacional.

A problemática se assenta no fato de que no papel de nação colonizada, a visão de sujeito imposta pelos colonizadores europeus tem dificuldade de oferecer uma perspectiva emancipatória a grupos sociais não enquadrados na tríade homem-branco-burguês.

A investigação, então, busca expor a necessidade de crítica à construção do sujeito no âmbito do direito privado brasileiro, a partir de um paradigma emancipatório que contemple os sujeitos não enquadrados como detentores de direitos.

A cultura jurídica brasileira está intimamente relacionada ao processo de exploração econômico-colonial portuguesa. Dada a condição de nação colonizada, o Brasil teve por imposição a instituição de práticas jurídicas relacionados à lógica europeia, a partir de um projeto totalizante do colonizador, que instituiu um modelo econômico baseado, inicialmente, no extrativismo vegetal e mineral e, posteriormente, na monocultura de exportação.

Tal empreitada econômica, envolveu três etnias principais para a efetivação do projeto econômico de exploração: o branco português, na condição de explorador capitalista da nova terra, os povos indígenas como indivíduos originários que careciam de catequização e os negros africanos, como mão-de-obra escrava para o trabalho exigido pelos latifúndios monocultores. Conforme explicam Cristiani e Wolkmer (2006), diante de posições sociais bem determinados no trabalho da colônia, os exploradores brancos, por óbvio, obtiveram um posto privilegiado na formação jurídica do Brasil, de modo que relegaram aos negros e aos indígenas o *status* de objeto. Aos negros foi imposto apenas a exploração de

sua mão-de-obra por meio do trabalho escravo e aos índios a classificação como *res* dos colonizadores.

Ainda que as contribuições culturais dos diversos povos indígenas e africanos tenha formado uma identidade sociocultural brasileira, o Direito desenvolvido na colônia foi exclusivamente moldado pelos brancos colonizadores, que o conformaram de acordo com suas necessidades e concepções de mundo.

Dessa forma, o ponto de partida da categoria sujeito no Direito colonial, é definido pela exclusão sistemática e estrutural de negros e índios, de modo que o sistema jurídico os classificavam como coisa e, portanto, como parte integrante dos direitos patrimoniais.

A subjugação destes povos, a partir de marcadores sociais de etnia e classe, era reiterada pela característica excludente dos sistemas de justiça do Brasil colonial: a estrutura judiciária constituída por Portugal implicou em uma associação entre burocratas portugueses e a elite econômica local para manutenção de privilégios dos brancos e segregação da população negra e indígena.

Como narram Cristiani e Wolkmer (2006, p. 301)

> A aproximação entre essa elite e os magistrados que aqui aportavam foi, desde logo, devidamente providenciada. Só que os objetivos almejados não eram o de formar uma vontade local unívoca que representasse os interesses de toda a Colônia, que protegesse também, o indígena e o negro e seus direitos respectivos. O acordo "por cima" visava à troca de favores entre os agentes jurídicos vindos da Metrópole e a elite dominante da Colônia.

Dada a especificidade da estruturação excludente do conceito sujeito de direito no âmbito colonial brasileiro, passamos a investigar de forma crítica, como a perspectiva do sujeito da modernidade influiu na criação de um modelo emancipatório restrito a perspectiva burguesa, europeia e individualista.

2. O sujeito moderno e a inadequação com a realidade brasileira

O sujeito na cultura moderna ocidental é identificado pela narrativa da pessoa humana no contexto da emergência dos direitos liberais da Europa Ocidental do século XVII e XVIII.

A narrativa ocidental é marcada pelo discurso capitalista burguês da positivação das cartas de direitos liberais, tais como a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

(1789). A partir dessa realidade, é constituído uma noção de sujeito que caminha ao lado da racionalidade, de modo que há uma decorrência lógica entre razão e a capacidade para ter direitos.

Evidentemente, os direitos atribuídos a este sujeito são de ordem liberal e estão positivados em circunstâncias inseridas no sistema de produção capitalista, de formação dos Estados-Nacionais e da defesa do direito natural a propriedade privada, a liberdade e a igualdade entre sujeitos (WOLKMER, 2015, n.p.).

A projeção de liberdade a partir do espectro universal da modernidade reflete, em verdade, uma conceituação que atendia aos interesses da burguesia europeia economicamente dominante. As demandas desse segmento social específico desejam proteção do livre mercado e a máxima garantia da propriedade privada:

> Por detrás dessas enunciações solenes, gerais e humanistas de direitos, ocultavam-se discursivamente conceituações estreitas, abstratas e contraditórias. Tratava-se de direitos idealizados para um homem burguês, racional e individualista. A assertiva de que todos os homens seriam livres e iguais não se aplicava aos sujeitos subalternos das colônias da América Latina, África e Ásia (WOLKMER, 2015, n.p.).

Retomando a discussão do tópico anterior, a condição específica de exploração e desigualdade estabelecida no Brasil Colônia – na qual indígenas e negros foram relegados a condição de objeto e detinha status de sujeito de direito somente o colonizador europeu – reflete a problemática conceituação sócio-histórica do sujeito da modernidade, que serve como quesito emancipatório somente para o homem europeu e burguês.

Como bem ressalta Bragato apud Wolkmer (2015, n.p):

> [...] o protótipo da natureza humana não era apenas masculino, mas também branco e ocidental, porque somente os seres humanos com essas características cabiam na ideia de racionalidade. Os outros – mulheres, estrangeiras, colonizados, negros – estavam excluídos da humanidade, em função de seu padrão de racionalidade inferior em relação aos portadores dos atributos capazes de incluir um ser na categoria de humanidade.

Desta tradição europeia excludente, desenvolve-se um Direito Privado nacional deturpado no ponto de aplicação dos valores de liberdade igualdade e autonomia. Há, na realidade, uma segregação daqueles que são detentores de direitos e daqueles que não são. Essa divisão não se limita ao período colonial e a negros e povos indígenas, mas envolve também desigualdades de gênero e de classe que se perpetuaram na estrutura social brasileira. O direito, especificamente

o Direito Privado, não se destina às mulheres, pessoas pobres, LGBTs, quilombolas, ribeirinhos, imigrantes, dentre outros. Ainda na atualidade, prevalece um sistema jurídico que nega autonomia a esses grupos, justificado pela lógica burguesa e eurocêntrica da modernidade.

A autonomia, conceito amplo enraizado no Direito Privado, é uma desconhecida dos grupos brasileiros subalternizados. Ao tratar de autonomia, a tradição jurídica nacional relegou o conceito ao campo patrimonial e negocial das discussões cíveis, fortalecendo um processo de apagamento e exclusão de negros, pobres, indígenas e mulheres, em ação que não muito difere dos tempos coloniais quando esses mesmos grupos eram classificados como coisas.

Deste modo, partindo da inadequação do sujeito moderno à perspectiva brasileira e latinoamericana, o estudo pretende identificar na teoria das autoras Nancy Fraser e Judith Butler perspectivas críticas para possibilitar quadros de emancipação no contexto social brasileiro.

3. A crítica ao sujeito da modernidade em Judith Butler e Nancy Fraser

Neste ponto, desenvolveremos a construção do sujeito para as autoras estadunidenses Judith Butler e Nancy Fraser, que apresentam bases teóricas e propostas divergentes entre si, mas elaboram uma crítica ao sujeito racional e universal da modernidade. Esta análise nos permitirá observar, de forma crítica, o sujeito de direito pautado e regulamentado pelo Direito privado brasileiro.

Ao desenvolver sua crítica ao sujeito universal, Judith Butler analisa a função normativa da representação, o que pautaria um sujeito modelo a ser receptáculo de tal representatividade a qual "revelaria ou distorceria o que é tido como verdadeiro sobre a categoria das mulheres" (BUTLER, 2019, p. 18). Nesse contexto, a autora identifica que a teoria feminista, a fim de alcançar visibilidade política das mulheres, elaborou uma linguagem capaz de representar às mulheres a partir de um modelo universal. E, então, Butler apresenta a seguinte crítica:

> A crítica feminista também deve compreender como a categoria das "mulheres", o sujeito do feminismo, é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais se busca emancipação. [...] Certamente a questão das mulheres como sujeito do feminismo suscita a possibilidade de não haver um sujeito de se situe "perante" a lei, à espera de representação na lei ou pela lei. (BUTLER, 2019, p. 20)

Essa discussão proposta por Butler nos permite identificar a problemática de construção de um sujeito universal, ao qual se possa atribuir generalizada representatividade a outros, deixando-se apartado características que individualizam cada sujeito, os marcadores sociais que os permeiam. Também, a autora expõe o caráter discursivo da construção dos sujeitos hipotéticos, representativos, os quais reproduzem e mantém a estrutura de opressão e de dominação por parte das relações de poder – ressalte-se que a autora trabalha a partir da perspectiva foucaultiana de relações de poder, que poderíamos entender como uma situação estratégica complexa que opera em sociedade determinada, a manifestação do poder no campo social e que se apresenta a partir de inúmeros pontos e em meio a relações desiguais e móveis (FOUCAULT, 2020, p. 101 e 102).

Judith Butler tem forte influência do pensamento construído por Foucault e, assim como este filósofo, centra seus estudos no corpo e na linguagem que se manifesta através daquele. A autora rompe com a dicotomia entre mente e corpo, a qual estrutura uma hierarquia entre os sujeitos. Sobre essa questão, Butler explana:

> Na tradição filosófica, que se inicia em Platão e continua em Descartes, Husserl e Sartre, a distinção ontológica entre corpo e alma (consciência, mente) sustenta, invariavelmente, relações de subordinação e hierarquia políticas e psíquicas. A mente não só subjuga o corpo, mas nutre ocasionalmente a fantasia de fugir completamente à corporificação. […] Resulta que qualquer reprodução acrítica da distinção corpo/mente deve ser repensada em termos da hierarquia de gênero que essa distinção tem convencionalmente produzido, mantido e racionalizado. (BUTLER, 2019, p. 35)

A partir das colocações trazidas por Butler sobre a representação e sobre a dicotomia entre corpo e alma, sua crítica à teoria feminista e ao sujeito racional elaborado pela tradição cartesiana, a autora identifica a matriz cultural do gênero, ou seja, os paradigmas que estabelecem o discurso hegemônico sobre as categorias sexo, gênero e sexualidade. Para Butler, esta matriz corresponderia à heterossexualidade e ao falocentrismo. Como esclarece Cirino (2017), a heterossexualidade corresponde a:

> […] o discurso hegemônico que busca estabelecer uma unidade em torno das posições binárias homem/mulher e excluir posições homossexuais, criando uma falsa estabilidade entre sexo, gênero e desejo. Já a heteronormatividade é o conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle para a naturalização e imposição da heterossexualidade. (CIRINO, 2017, p. 109)

A regulamentação do discurso, para Butler, se estruturaria na heteronormatividade, a qual seria "a norma disciplinar fundamental da identidade de gênero, [...] que estabelece a heterossexualidade como princípio regulatório da sexualidade", como explica Cyfer (2017, p. 252). Desta forma, seria pelo aparato da heteronormatividade que a matriz cultural se difundiria no campo social, tomando os corpos e disciplinando-os. A prática reiterada dos atributos de gênero, necessários para a materialização social do sujeito, dentro dos limites da heteronormatividade é chamada por Butler de performatividade. A autora afirma que a externalização do gênero não seria fruto de genuína vontade do individuo, seria, entretanto, performativo, como explica Cirino:

> Longe de ser a expressão da vontade do sujeito, são performativamente formados, ou seja, são compulsoriamente constituídos a partir de um processo complexo de reiteração de normas que mascaram o conteúdo opressor da heterossexualização. Esses critérios normativos, conforme ressalta Judith Butler (2002, p. 93), não devem ser entendidos meramente como imposições epistemológicas sobre os corpos, mas como os ideais regulatórios sociais específicos mediante os quais se formam, modelam e configuram os corpos. Trata-se, portanto, de um esquema corporal que não se limita a uma mera imposição sobre os corpos já formados, mas é uma parte da própria formação dos corpos (CIRINO, 2017, p. 111).

Ressalte-se que Butler trabalha com dois conceitos: *performatividade* e *performance de gênero*. As duas categorias diferem entre si, sendo performatividade a prática reiterada dos atributos de gênero a partir do discurso hegemônico, enquanto performance parte constitutiva do gênero no campo social. Assim, como esclarece Cyfer, Judith Butler observa que a performance conforme a heteronormatividade (performatividade) é responsável por criar uma ilusão de femininos e masculinos naturais, de forma que a desconstrução da identidade "natural" do sujeito universal reside também na performance deste; a dissonância entre as categorias de sexo, gênero e sexualidade expõe a estrutura que circunda o discurso hegemônico (CYFER, 2017, p. 253).

Nesta toada, Butler rejeita a ideia de um sujeito pré-discursivo, considerando sua formação a partir e dentro dos limites do discurso. Como explica Cyfer,

> […] sua influência foucaultiana lhe leva a admitir que não há um sujeito anterior à norma que, ao mesmo tempo em que se subordina a ela, decide deliberadamente cumpri-la ou descumpri-la. Escrevendo de uma perspectiva não iluminista, e pós-liberatória (como diz a autora), Butler recusa a ideia de que haja um agente antes da ação. (CYFER, 2017, p. 255)

Para Butler, a constituição do sujeito ocorre no mundo social, a partir de um movimento de subjetivação reflexivo, na mesma construção em que segue Foucault. Na mesma medida em que a norma opressora molda o sujeito e lhe confere existência, também o subordina ao discurso operado pelo poder; neste sentido, é possível que a ressignificação da linguagem confira ao sujeito a desconstrução e desestabilização do sistema hegemônico (CYFER, 2017, p. 258). A proposta da autora para a rompimento com o discurso opressor, esclarecemos, se constrói em duas fases. Inicialmente, a ressignificação e desconstrução dos paradigmas impostos pela heteronormatividade e das categorias de sexo, gênero e sexualidade, para, após, a subversão total com estes, de forma a descategorizar os sujeitos.

Nancy Fraser busca compreender o movimento feminista a partir de suas demandas e, para isto, a autora elabora a teoria tridimensional de demandas, diante da análise dos movimentos sociais, que seria representada pelas categorias de *redistribuição*, *reconhecimento* e *representatividade*. Fraser propõe, como esclarecem Damião e Carloto (2017, p. 7), um marco teórico que fuja a distinções ortodoxas entre opressões de base e superestruturais, e afirma que o significado mais amplo de justiça seria a participação paritária entre os sujeitos no campo social.

Fraser partirá do que chama de *paradigma popular* e, como explica Cyfer (2017, P. 263), intenta demonstrar que redistribuição e reconhecimento não constituem paradigmas distintos, sendo dois aspectos de um mesmo paradigma de justiça – faz-se a ressalva de que a autora não tinha a pretensão de fundir tais categorias, entretanto, de pautá-las para vislumbrar uma possibilidade de emancipação de grupos sociais, que padecem ou da desprivilegiada situação econômica ou social e cultural.

Passamos, então, a analisar cada dimensão da teoria desenvolvida por Fraser. Ao falar de redistribuição, a autora trata da estrutura econômica e estuda a injustiça distributiva da riqueza e poder entre certos grupos sociais, como ocorre com mulheres em razão de uma diferenciação distributiva pautada pelo gênero (DAMIÃO, CARLOTO, 2017, p. 7). Para a superar a exploração de classe, como explica Oliveira (2020, p. 45) ao discorrer sobre a teoria de Fraser, "seria necessária uma reestruturação da economia política de modo a alterar a distribuição de vantagens e ônus. O remédio para essa injustiça seria, então, excluir o proletariado como um grupo distinto".

A segunda dimensão, o reconhecimento, encontra sua problemática na ordem de *status* da sociedade. Esta categoria expressa o "mau-enquadramento",

que, como esclarece Cyfer, corresponderia a uma "morte política", uma vez que certos sujeitos ou grupos sociais estariam impossibilitados de protagonizar a reivindicação normativa que assegura a condição de cidadão, de forma que seriam "não pessoas" em relação à justiça (CYFER, 2017, p. 267). Cerne do reconhecimento se encontra na hierarquia de status entre os grupos, de forma a subordinar alguns em relação a outros, no falso reconhecimento de uma parcela em detrimento de outra.

Quando analisamos a terceira dimensão da teoria de Fraser, a representação, está relacionada ao aspecto político, à natureza da jurisdição do Estado e das normas e regramentos decisórios que permeiam as disputas sociais (DAMIÃO, CARLOTO, 2017, p. 8). Assim, a representação se colocar como instrumento para a luta nos campos da redistribuição e reconhecimento, uma vez que expõe e viabiliza a discussão política de minorias sociais. Neste sentido, explicam Damião e Carloto:

> Afinal, como pensar em emancipação sem que todas as opressões sejam levadas em consideração? Se a emancipação humana é a emancipação do todo, e nesse todo existem desigualdades, é nosso dever pensar sobre elas e as colocar em evidência a fim de que a emancipação humana abarque todas as diferenças – tanto de classe, quanto de sexo e raça/etnia. (DAMIÃO, CARLOTO, 2017, p. 8)

Sobre a crítica feita a Nancy Fraser, com relação à dicotomia entre os conceitos de redistribuição e reconhecimento, é preciso esclarecer que integrar e aliar tais categorias não significa fundi-los; significa, entretanto, "condicionar a validade das demandas por reconhecimento a um princípio de justiça igualitário" (CYFER, 2017, p. 268). E, caminhando neste sentido, podemos encontrar, inclusive, um ponto de convergência entre as críticas formuladas por Butler e Fraser, como bem esclarece Cyfer:

> Para Fraser, políticas de identidade são problemáticas porque a afirmação da diferença tende a ser excludente. Daí seu argumento de que é preciso incorporar a desconstrução da identidade, tal como formulada por Butler, à demanda feminista. […] Fraser defende que a ênfase no reconhecimento ou na redistribuição depende da injustiça que deve ser corrigida. No caso do apartheid na África do Sul, por exemplo, a ênfase teve de ser no reconhecimento. No entanto, o remédio adequado para garantir o reconhecimento não esteve focado na valorização da identidade negra, mas sim na cidadania universal não-racializada. (FRASER apud CYFER, 2017, p. 269)

Para Fraser, existe uma problemática que circunda as políticas identitárias, porque, ao expor diferenças e individualidades entre os grupos sociais,

tende-se a ser excludente. Como esclarece Cyfer, é possível trabalhar a partir das particularidades de cada sujeito, entretanto, com a finalidade de igual entre os indivíduos, não em nome da identidade. Essa análise é que permitirá identificar em qual dimensão de sua teoria há uma ausência de paridade de participação política entre os outros, por determinado sujeito.

CONCLUSÃO

O sujeito de direito brasileiro, especificamente no campo do Direito Privado, foi construído a partir de perspectivas burguesas – como analisado nos primeiro e segundo tópicos – e eurocêntricas, de forma que é aquele detentor de propriedade privada e agente nas possibilidades negociais. O estabelecimento da autonomia privada, dissociando-a da esfera pública e de suas problemáticas, deturpou propositadamente o destinatário de direitos e deveres pautado pela estrutura normativa.

A categorização de sujeito de direito correspondente ao homem, branco, heterossexual e burguês, possibilita a exclusão de outros indivíduos que questionem a possibilidade de existência a partir de paradigmas divergentes – a partir das categorias de gênero, raça, etnia, sexualidade e outros marcadores sociais.

Retomando os conceitos desenvolvidos pelas autoras norteamericanas Judith Butler e Nancy Fraser, é possível notar a confluência na crítica ao identitarismo e à universalização do sujeito nos movimentos sociais, desconsiderando as suas particularidades. O resultado pretendido com a pesquisa se apresenta a partir da percepção de um cenário nacional de conflitos que emergem dos movimentos sociais relativos ao reconhecimento de direitos nas relações sociais contemporâneas.

Podemos verificar que esses conflitos se expressam nas demandas dos movimentos sociais e difundem a ideia de permanente processo de construção na esfera pública, que envolve as disputas na forma de distribuição do poder político e econômico na sociedade e se refere aos modelos sistema de direito e à distribuição de justiça.

Isto significa que a presença desses conflitos ocupa a agenda de trabalho de instituições públicas, privadas, organizações não governamentais compondo uma inter-relação numa dimensão de contenda de luta por direitos. Nesse aspecto, a resolução de conflito sugere uma interlocução política de todos os atores que são

afetados e pode ser utilizada pelos poderes institucionais constituídos e pela sociedade civil organizada para a propulsão de canais de participação institucionalizado no sistema de direito e distribuição de justiça.

Sendo assim, o estudo se explana sobre uma realidade de propulsão de demandas envolvendo o conflito social, resultado da luta política contra o poder econômico e político instituído. A pesquisa revela a importância particular de evidenciar a construção de uma institucionalização de canais de participação popular, no sistema de justiça, e com isso propiciar o melhoramento do aparato de resolução de conflito no cenário nacional por meio do aprimoramento teórico sobre autonomia.

Nesse sentido, o conceito a autonomia privada, diante da conflitualidade dos movimentos sociais, e sob a perspectiva crítica de Fraser e Butler sobre sujeito moderno universal, sugere que essa renovação significa as novas formas de narrativas dos desenvolvimentos históricos, bem como compreender a constituição dos paradigmas liberais e suas implicações para o direito privado.

Por outro lado, a resolução da conflitualidade dos movimentos sociais pode ser investigada como hipótese de ampliação da participação social com a interlocução de todos os atores que são afetados pela conflitualidade dos movimentos sociais.

Ao refletirmos sobre as possibilidades de expansão dos debates de interesse social e formulação de novos paradigmas para o sistema de direito, temos a proposição de avaliar as formas de aprimoramento dos sistemas de justiça no Brasil a partir da reflexão crítica proposta pelas autoras norteamericanas. Há, com isso, a desconstrução desse sujeito universal de forma estrutural.

Diante dessa conjectura, a provocação pretendida nesse estudo é encontrar fundamentos teóricos para a autonomia privada, para comportar uma participação ampla e protagonista dos litigantes do conflito social, abarcando o papel da intersubjetividade para encontrar elementos para a renovação da teoria de direito privado.

REFEFÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17. ed. Traduzido por Renato Aguiar. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2019. Tradução de: Gender Trouble – Feminism and the Subversion of Identity.

CIRINO, Samia Moda. **(Des)Construção da identidade de gênero: inserção crítica ao sujeito do feminismo e o reconhecimento do trabalho da mulher**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2017.

CYFER, Ingrid. **Feminismo, identidade e exclusão política em Judith Butler e Nancy Fraser**. Ideias, Campinas, SP, v. 8, n. 1, p. 247–274, 2017. DOI: 10.20396/ideias.v8i1.8649783. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649783. Acesso em: 11 jan. 2021.

DAMIÃO, Nayara André; CARLOTO, Cassia Maria. **A contribuição de Nancy Frases para a construção da emancipação das mulheres**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress, Florianópolis, SC, ISSN 2179-510X, 2017. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/site/anaiscomplementares. Acesso em 12 jan. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. 10. ed. Traduzido por Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Guerra, 2020. Tradução de: Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir.

OLIVERA, Simone Vinhas de. **Mulheres camponesas e seus quintais agroecológicos sob a perspectiva da teoria da justiça social de Nancy Fraser.** 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; CRISTIANI, Claudio Valentim. **Fundamentos de história do direito.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GT 06

Los desafíos del constitucionalismo ante la globalización en América Latina y Europa. Institucionalización de nuevos modelos de gobierno y de participación de la sociedad civil

COORDINACIÓN:
Eduardo Val (UFF), Gladstone Leonel (UFF)

DESCRIPCIÓN: Los modelos constitucionales de Portugal (1976) y España (1978) han sido referencias importantes e inspiradoras para los procesos constituyentes y reformistas del sistema constitucional en América Latina a partir de la retomada del estado democrático de derecho en las últimas décadas del pasado siglo XX. El estudio y análisis crítico de la efectividad de estos modelos es tema central de este GT. El siglo XXI presenta nuevos desafíos políticos y económicos a la estabilidad democrática de estos sistemas constitucionales en toda la región, aunque con diferentes características. El diálogo constitucional ibero-americano se muestra indispensable en un momento histórico que exige el perfeccionamiento de sus instituciones democráticas y soluciones jurídicas innovadoras ante las amenazas autoritarias que promueven el retroceso de los derechos sociales y la fragilidad de las garantías fundamentales de carácter individual y colectivas. El presente grupo de trabajo persigue la promoción de un estudio interdisciplinar que observe las dinámicas de transformación del estado democrático y constitucional de derecho en ambas orillas del Atlántico contribuye para la elaboración de propuestas que rescaten los valores democráticos y consoliden la estabilidad en la región.

A CRISE DO FEDERALISMO BRASILEIRO: o papel do Consórcio Nordeste para a manutenção do pacto federativo no contexto da pandemia da COVID-19

Alyne Mendes Caldas
Centro Universitário da UNDB
São Luís/MA, Brasil
prof.alynecaldas@gmail.com

Viviane Freitas Perdigão Lima
Instituto de Formação Jurídica (INFOJU
São Luís/MA, Brasil
viperdigao@gmail.com

Resumo: Objetiva-se pesquisar qual o papel do Consórcio Nordeste para a manutenção do pacto federativo no contexto da pandemia da COVID-19 dentro do federalismo no Brasil. O problema de pesquisa é verificar em que medida os consórcios públicos podem ser uma via legítima de cooperação federativa, visando prevenir conflitos federativos. O referencial teórico vê no plano interestadual uma maior proatividade dos estados-membros capaz de adotar mecanismos de coordenação e cooperação entre tais necessários a diminuição do conflito federativo (ABRUCIO; SANO, 2011). Metodologicamente a pesquisa é descritiva e exploratória com abordagem indutiva adotando-se a estratégia de pesquisa do tipo análise de conteúdo focando-se no estudo do Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste. O texto está dividido em três seções: a primeira reflete sobre o caminho do pacto federativo de dual ao cooperativo; a segunda, como os consórcios públicos podem ser tidos como uma via legítima de cooperação federativa; ao cabo, estuda-se o Consórcio Nordeste e sua capacidade para minimizar os conflitos federativos. Observa-se que a institucionalização de espaços de cooperação federativa significa o amadurecimento do pacto federativo permitindo que governadores e prefeitos possam exercer uma gestão mais alinhada com as demandas sócio-políticas dos seus representados.

Palavras-chave: Crise; Pacto Federativo; Consórcio Nordeste

Abstract: The objective is to research what is the role of the Northeast Consortium for the maintenance of the federative pact in the context of the COVID-19 pandemic within federalism in Brazil. The research problem is to verify to what extent public consortia can be a legitimate way of federative cooperation, aiming to prevent federative conflicts. The theoretical framework sees in the interstate plan a greater proactivity of the member states capable of

adopting mechanisms of coordination and cooperation among them necessary to reduce the federative conflict (ABRUCIO; SANO, 2011). Methodologically, the research is descriptive and exploratory with an inductive approach, adopting a content analysis research strategy focusing on the study of the Interstate Consortium for Sustainable Development in the Northeast. The text is divided into three sections: the first reflects on the path of the federative pact from dual to cooperative; the second, how public consortia can be seen as a legitimate route of federative cooperation; after all, the Northeast Consortium and its capacity to minimize federative conflicts are being studied. It is observed that the institutionalization of spaces for federative cooperation means the maturation of the federative pact allowing governors and mayors to exercise a management more aligned with the socio-political demands of their represented.

Key-Words: Crisis; Federative Pact; Northeast Consortium.

INTRODUÇÃO

Partindo-se da estrutura federalista que marcou a nova identidade institucional dos americanos com a Constituição em 1787, o federalismo cooperativo surgiu em resposta às demandas comuns aos entes federativos daquela nação. A finalidade foi de ser concedido aos estados-membros ajuda pelo governo federal na persecução das finalidades constitucionais.

Com propósito de segurança e prosperidade, a criação da União era de interesse da nação americana. Mas para sua realização era necessária a abdicação das colônias de uma parcela de sua independência para o real cumprimento do pacto estabelecido na Constituição Federal.

Para a experiência brasileira anterior à Constituição de 1988 quanto ao pacto federativo a realidade de um novo Estado não logrou êxito no que tange as correções na sociedade brasileira no início do século XX.

Neste contexto e com o fito de atentar as demandas públicas urgentes, a Constituição Federal de 1988 além de tornar os municípios entes federativos, aprimorou o processo de descentralização, a repartição de competências para estados e municípios e o fortalecimento do poder local.

Contudo, diante desse panorama, ao invés de cooperação e solidariedade entre os entes federativos observou-se competição tanto no plano vertical como horizontal.

Assim, a problemática resultante dos entraves à cooperação entre os entes federativos, sobretudo, em relação à cooperação necessária em demandas públicas urgentes pode ser amenizada por meio da institucionalização de consórcios públicos por meio da Lei nº. 11.107/2005.

O presente estudo tem como objetivo analisar qual o papel do Consórcio Nordeste para a manutenção do pacto federativo brasileiro no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil.

A relevância do tema relaciona-se à materialidade envolvida, à vulnerabilidade do público-alvo, à relação entre diferentes atores estatais na discussão do tema e da real necessidade de se refletir sobre o federalismo de cooperação no Brasil.

Neste viés, a pesquisa se debruça no seguinte problema: em que medida os consórcios públicos podem ser tidos como uma via legítima de cooperação federativa, visando prevenir conflitos federativos, principalmente, no contexto da pandemia da COVID-19?

A relevância científica do estudo paira na hipótese de que as articulações manejadas pelos estados membros por meio do consorcio públicos frente à União, em relação a sua base territorial e por meio de Conselhos de Políticas Pública institucionalizam os espaços de cooperação federativa o que culmina no amadurecimento do pacto federativo.

O trabalho motiva-se ao trazer para o ramo do direito constitucional discussão sobre os consórcios públicos. Cabe ressaltar que mesmo não sendo a solução dos impasses políticos-federativos, os consórcios públicos pode ser instrumento minimizador de conflitos políticos.

Deste modo, o artigo inova ao trazer para o âmbito acadêmico a discussão sobre a atuação consorcial regional como ferramenta capaz de minimizar os conflitos federativos e busca discutir a aplicação de políticas públicas para parcela da população brasileira que historicamente carece de tais políticas.

Para amparar as análises descritas o referencial teórico vê no plano interestadual uma maior proatividade dos estados-membros capaz de adotar mecanismos de coordenação e cooperação entre tais necessários a diminuição do conflito federativo (ABRUCIO; SANO, 2011).

Como linha metodológica mostra-se a weberiana, retirando-se das categorias sociológicas macroestruturais e manejando-se o recurso do tipo ideal, para o compromisso explícito com a análise empírica do real. É importante ressaltar que a realidade não possui um sentido intrínseco ou único, eis que são os indivíduos que lhe conferem significados.

Deste modo, trata-se de uma pesquisa descritiva e exploratória, com abordagem indutiva, fazendo-se análise do Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste criado em março de 2019 no Fórum dos governadores do Nordeste, em São Luís, capital do Maranhão. Ademais, a estratégia de pesquisa adotada é do tipo análise de conteúdo.

Para mais, o estudo da Lei 11.107/2005, do Decreto Federal n. 6.017/2007, os Protocolos de Intenções dos estados-membros, demais instrumentos do Consórcio Nordeste e revisão bibliográfica fazem parte do arcabouço metodológico.

O texto está dividido em três seções: a primeira traz reflexões sobre o caminho do pacto federativo de dual ao cooperativo. Na segunda, observará se os consórcios públicos podem ser tidos como uma via legítima de cooperação federativa, sobretudo, ao prevenir conflitos federativos no contexto da pandemia da COVID-19. Ao cabo, analisa-se como o Consórcio Nordeste teria capacidade para reduzir o caráter fragmentário do desenho federativo brasileiro e, por consequência minimizar os conflitos federativos. Observa-se que a institucionalização de espaços de cooperação federativa significa o amadurecimento do pacto federativo, tendo em vista que a autonomia dos entes federativos resta fortalecida, permitindo que tanto governadores quanto prefeitos possam exercer uma gestão mais alinhada com as demandas sócio-políticas dos seus representados.

1. Federalismo no Brasil: o caminho do pacto federativo dual ao federalismo cooperativo

O Federalismo tem sua origem nos Estados Unidos da América, no final do século XVIII, como resultado do processo de independência americana. Mas do que isso, a estrutura federalista marcou a nova identidade institucional do povo americano a partir da ratificação da sua Constituição em 1787.

Alexander Hamilton na célebre obra, os Artigos Federalistas (*The Federalists Paper*) , ressalta que as discussões sobre a Nova Constituição dos EUA era de interesse do povo americano, pois dela resultaria uma nova forma de Estado que pressupunha a existência de União bem como a segurança e a prosperidade das partes que a compõem – fazendo referência às 13 colônias americanas. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

Ora, a existência da União, na experiência constitucional americana, significava a união de todos as colônias independentes em torno de propósitos comuns: a segurança e a prosperidade. Isso, no entanto, só seria possível se as colônias abdicassem de parcela de sua independência para a constituição de um poder central cuja principal atribuição seria fiscalizar o cumprimento desse pacto estabelecido na Constituição Federal.

Assim, após a ratificação da Constituição Federal dos EUA de 1787, restou estabelecido o chamado federalismo clássico ou dual que compreendia a dual distribuição dos poderes enumerados da União e dos poderes reservados aos Estados-membros (HORTA, 1999). Essa forma de Estado conquistou o mundo, sendo hoje, adotada, por diversos estados independentes como por exemplo, Brasil, Canadá, Argentina e Áustria.

Nos Estados federais, portanto, os entes são dotados de autonomia que, dentro dos limites constitucionais, exterioriza-se em organização administrativa própria, em competência tributária específica, em responsabilidades por determinadas políticas públicas e na capacidade legislativa simultânea dentro das suas esferas de competência, havendo uma relação de interdependência entre esses entes federativos (CUNHA, 2004).

Contudo, para que o federalismo conseguisse sobreviver o transcurso de um pouco mais de três séculos, desde a sua origem nos EUA, algumas adequações foram necessárias. O federalismo cooperativo surgiu em resposta às demandas comuns aos entes federativos que, nos EUA, ocorreu durante o governo do ex-presidente F. D. Roosevelt, entre aos anos de 1933 e 1945, quando intensificou a ajuda do governo federal para os estados-membros, sob a forma de programas e convênios, resultante de demandas casuísticas e não de planejamento prévio, dando origem "ao casuísmo no desdobramento das relações de cooperação" nos EUA (HORTA, 1999).

Assim, complementa Horta

> Ilustram o federalismo cooperativo norte-americano as técnicas da legislação recíproca (*reciprocal legislation*), pela qual dois ou mais Estados ajustam concessões recíprocas; a legislação uniforme (*uniform legislation*) na disciplina de matéria de interesse comum; e a legislação paralela (*parallel legislation*), quando dois ou mais Estados promulgam, simultaneamente, uma lei com idêntica finalidade e conteúdo. (HORTA, 1999, p. 19)

Em relação ao Brasil, embora sua primeira constituição seja data em 1824, o federalismo só foi implantado com a Constituição de 1891. Essa primeira fase republicana foi marcada pelas "amplas esperanças" depositadas na experiência federativa americana que foi apresentada à Assembleia Constituinte de 1891 por Ruy Barbosa, como bem coloca Paulo Bonavides:

> Com a revolução republicana bem-sucedida extraiu ele (Ruy Barbosa) do Governo Provisório o decreto que aqui implantou o sistema federativo. Não era tanto Rui senão o Brasil que estava a um século de atraso em desenvolvimento político e material. O País agrário recebia instituições segundo o espírito e a letra das ideias que haviam medrado cem anos, entre os constituintes de Filadélfia. (BONAVIDES, 2010, p. 208)

Apesar do intento disruptivo da implantação da República Federativa em substituição ao Estado imperial governado pelos portugueses em regime autoritário, mas é perceptível que a instauração de um novo Estado não foi o suficiente para corrigir as distorções presentes na sociedade brasileira no início do século XX.

Diferentemente do que foi proposto pelo pacto federativo americano, em 1787, acerca da proximidade entre o povo e as instâncias políticas, aqui, no Brasil, o que se percebeu foi uma flagrante contradição. O Rio de Janeiro, por exemplo, era a capital do Brasil em 1890 e contava com mais de 500 mil habitantes cuja metade era alfabetizada. Contudo, na eleição presidencial de 1894 (já sob a égide da Constituição Federal de 1891) apenas 7.857 pessoas votaram, isto é, 1,3% da população. Ao contrário do que ocorreu em Nova York, nas eleições de 1888 (logo após a ratificação da Constituição americana de 1787) cuja participação eleitoral chegou a 88% da população adulta masculina (CARVALHO, 2006).

Acerca da representação política, a Primeira República (1889-1930), embora tenha implantado o federalismo no Brasil seguindo o modelo dos EUA, a descentralização do poder estatal ao aproximar o povo do governo por meio da escolha direta dos seus representantes, ao invés de fortalecer o princípio democrático, pelo contrário, favoreceu a formação de "sólidas oligarquias estaduais", apoiadas por partidos únicos também estaduais (CARVALHO, 2006).

Por isso, a Primeira República brasileira foi marcada por um federalismo centrífugo no qual predominava o poderio dos governos estaduais em detrimento a um governo federal enfraquecido. As relações de integração e cooperação eram, praticamente, inexistentes (ABRUCIO; SANO, 2011).

Com a Revolução de 30, Getúlio Vargas, gaúcho, conquista a presidência da república, pondo um fim a chamada República do Café com Leite[1]. O governo Vargas estabeleceu como meta o fortalecimento do Estado Nacional, especialmente a partir do Estado Novo de 1937, o que resultou no aumento da estrutura político-administrativa bem como da capacidade de promover políticas públicas do governo federal. Já os estados-membros foram enfraquecidos de tal forma que perderam, inclusive, sua autonomia federativa, passando sua gestão para as mãos de interventores escolhidos pelo Presidente Getúlio Vargas (ABRUCIO; SANO, 2011).

Fica clara a feição centralizadora do governo Vargas o que repercutiu diretamente no desenho federativo brasileiro, não só durante os 15 anos da Era Vargas, como também nas décadas seguintes.

Com a deposição de Getúlio Vargas, o Brasil viveu um período breve de redemocratização sob a égide da Constituição de 1946 que garantiu o retorno da autonomia dos estados bem como o fortalecimento das municipalidades, o que trouxe mais dinamicidade às relações intergovernamentais (ABRUCIO; SANO, 2011).

É importante ressaltar que o espaço destacado aos entes federativos para a promoção de políticas públicas é determinante tanto para sua autonomia como para influenciar a dinâmica do federalismo, seja no plano vertical seja no plano horizontal (ABRUCIO; SANO, 2011).

Com o regime militar instituído em 1964, o autoritarismo se instala novamente no Brasil e contamina suas instituições, maculando mais uma vez o desenho federativo pátrio, ao permitir a interferência do governo federal na autonomia dos estados-membros. Assim, percebe-se que o Brasil, antes da Constituição de 1988, foi marcado por dois padrões federativos: ora um

[1] República do Café com Leite corresponde ao período entre 1891 e 1930 no qual as oligarquias dos estados de São Paulo (grande produtor de café) e de Minas Gerais (que se destacava na produção de leite) se alternavam na Presidência da República, monopolizando a política nacional.

paradigma mais dualista ora um paradigma mais integrativo, porém seguindo um modelo hierárquico e autoritário (ABRUCIO; SANO, 2011).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os municípios se tornaram entes federativos, dando-lhes um espaço inédito na Federação brasileira. Houve também o aprimoramento do processo de descentralização, a transferência de competências para estados e municípios e o fortalecimento do poder local. Contudo, durante esse processo, ao invés de cooperação e solidariedade entre os entes federativos, o que se percebeu foi uma competição acirrada entre eles tanto no plano vertical como horizontal. (CUNHA, 2004)

Além disso, há lacunas no desenho federativo que tais mudanças não foram suficientes para suprir, tais como, a ausência de regulamentação dos procedimentos e critérios para criação, fusão e incorporação de municípios; carência de instrumentos de gestão, negociação e compartilhamento de responsabilidades em regiões metropolitanas; a insuficiência de regulamentações relativas às competências e instrumentos de cooperação para a realização das políticas públicas comuns do art. 23 da CF/88; e a ausência de definição da titularidade sobre alguns serviços públicos específicos. (CUNHA, 2004).

Por essa razão, CUNHA afirma que:

> Completar o desenho federativo brasileiro não é processo que possa ser levado a termo no curso de um único governo, em função da complexidade da matéria e de alguns contenciosos que o cercam. Assim, a criação de ambiente normativo favorável à formação de consórcios públicos, bem como a gestão associada de serviços públicos, entendidos como instrumentos de cooperação e coordenação federativa, foi identificada como prioridade do Governo Federal. (CUNHA, 2004, p. 12)

Vê-se, portanto, que a institucionalização de consórcios públicos por meio da lei federal (Lei n. 11.107/2005) significou uma válvula de escape para a grande problemática resultante dos entraves à cooperação entre os entes federativos, principalmente diante do comando constitucional que estabelece uma relação de cooperação necessária quando designa atribuições comuns às três esferas federativas, que consistem em demandas públicas urgentes, a todo momento, como saúde e educação.

Diante disso, é necessário compreender se os consórcios públicos podem ser tidos como uma via legítima de cooperação federativa, visando prevenir conflitos federativos, principalmente, no contexto da pandemia da COVID-19.

2. O Consórcio Nordeste como instrumento de cooperação federativa no contexto da pandemia da COVID-19

Com base na Lei n. 11.107/2005, consórcios públicos correspondem às associações formadas por pessoas jurídicas políticas, com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas por lei, para a gestão associada de serviços públicos (DI PIETRO, 2018).

Contudo, a formação de gestões associativas envolvendo entes federativos é uma prática que teve início, no século XIX. A lei permitia que municípios estabelecessem associação para a realização de serviços públicos. Muito embora os municípios não fossem dotados de autonomia, sendo meras unidades administrativas dos estados-membros conforme a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891).

Já na Constituição de 1937, o seu texto dispunha expressamente sobre a possibilidade de associação entre municípios para a realização de serviços públicos comuns, inclusive, atribuindo personalidade jurídica a esse ente associativo (BRASIL, 1937). Comando constitucional que sucumbiu ao autoritarismo de Getúlio Vargas, que governava por meio de atos unilaterais que aniquilaram a autonomia dos estados-membros e, por consequência, enfraqueceu os municípios.

Finalmente, em 1961, em um contexto de aspirações democráticas, o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE) é instituído como autarquia administrativa e dotada, portanto, de personalidade jurídica de direito público que visava uma gestão cooperativa entre os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná para o desenvolvimento da região sul do Brasil (ABRUCIO; SANO, 2011).

Apesar dessa experiência, os arranjos entre Estados são raros no Brasil, mesmo no contexto da Constituição de 1988. Sendo mais comuns consórcios públicos intermunicipais, em virtude, por exemplo, da metropolitanização, que obrigam as cidades a criarem soluções conjuntas para problemas urbanos comuns e de parcerias resultantes de "tragédias comuns", como a questão ambiental, do saneamento, de transportes e outras (ABRUCIO; SANO, 2011).

De 1961 para cá, as relações entre os entes federativos foram sofrendo diversas modificações, como restou demonstrada na sessão anterior, principalmente no início do século XXI, no sentido de propiciar uma maior cooperação, tais como, a) o aumento das ações de coordenação federativa, em

especial no campo da políticas públicas, pelo governo federal; b) o aumento de parcerias intergovernamentais no plano territorial, em especial os consórcios intermunicipais; c) a crise financeira dos estados que os obrigou a buscar novas saídas, como o estabelecimento de fóruns interestaduais setoriais (ABRUCIO; SANO, 2011).

Assim, no século XXI no plano interestadual, é possível observar uma maior proatividade dos estados-membros no que tange à adoção de mecanismos de coordenação e cooperação entre os entes a partir das suas formas de manifestação). É nesse contexto que o Consórcio Nordeste é instituído e adquire protagonismo nacional em relação às políticas de combate à pandemia da Covid-19.

O Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste, mais conhecido como Consórcio Nordeste foi criado em março de 2019 no Fórum dos governadores do Nordeste, em São Luís, capital do Maranhão, mediante um protocolo de intenções que foi firmado pelos 9 estados nordestinos (Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia) sob o compromisso de submeterem às suas respectivas Casas Legislativas para ratificação nos termos da Lei 11.107/2005 e do Decreto Federal n. 6.017/2007 (BAHIA, 2019).

De abril a novembro de 2019, todos os estados aprovaram o Consórcio Nordeste nos termos do Protocolo de Intenções. (PEREZ; SANTANA, 2020). Foi estabelecido que a sede do Consórcio será sempre o estado que estiver ocupando a liderança do grupo bem como tratou acerca da abrangência do Consórcio como sendo a soma dos territórios dos estados envolvidos. (BAHIA, 2019).

Quanto à natureza jurídica, foi seguido, à risca, os termos da Lei 11.107/2005 por cada estado nordestino, de forma que o Consórcio foi instituído como uma associação pública, de natureza autárquica e interfederativa, com personalidade jurídica de direito público. Além disso, o Consórcio está autorizado a representar os estados-membros nordestinos perante outras esferas de Governo, quanto aos interesses comuns (BAHIA, 2019).

O objetivo do Consórcio é promover o bem-estar de forma socialmente justa e ecologicamente equilibrada. Para isso, traçou metas a serem cumpridas em diversas áreas de interesse comum, como por exemplo, saúde, educação, segurança pública e assistência social. (BAHIA, 2019).

No ano de 2020, o Brasil e o mundo se deparou com um grande desafio: combater a pandemia da COVID-19. Uma crise sanitária global perpetrada por um novo vírus conhecido como coronavírus que foi descoberto na China. Esse vírus é caracterizado por sua alta transmissibilidade o que possibilitou sua propagação em todo o mundo em um período inferior a 6 meses. As consequências do coronavírus são devastadoras, pois da mesma forma que pode acometer um indivíduo de forma assintomática, esse mesmo vírus pode levar um indivíduo a óbito em poucas horas. (PEREZ; SANTANA, 2020)

Infelizmente, quando da ocorrência do primeiro caso de infectado no Brasil pelo novo coronavírus (em 26/02/2020), a Presidência da República negligenciou a gravidade do fato, como bem relata Perez e Santana:

> Para conter a disseminação do vírus, esperava-se que o presidente brasileiro assumisse um protagonismo no enfrentamento da pandemia. Entretanto, desde a decretação da pandemia, ele se posicionou contra as principais recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), sobretudo quanto ao distanciamento social. (PEREZ; SANTANA, 2020, p. 260)

Nesse contexto, coube aos estados e municípios tomarem providências para conter o avanço desse novo vírus, tendo, em alguns casos, que recorrer ao Poder Judiciário em busca de guarida constitucional para garantir a saúde pública em sua jurisdição.

Afinal, o governo federal do qual se esperava uma postura de protagonista diante de uma crise sanitária de aspecto mundial, tendo em vista uma maior capacidade financeira da União em detrimento dos outros entes federativos, fez exatamente o contrário. Sob os comandos da presidência da república, a União negou a legitimidade dos estudos científicos realizados no Brasil e em âmbito internacional, sob a autoridade da Organização Mundial de Saúde (OMS).

O resultado de tais escolhas consistiu em medidas autoritárias como a edição da MP n.926/2020 que criou obstáculos para o diálogo interinstitucional no âmbito da federação, em especial, entre estados-membros e a União. Tanto que se tornou objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 6341-DF[2].

[2] A ADI n.6341/DF foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) que questionou as alterações promovidas pela MP n. 926/2020, na Lei 13.979/2020, e, por arrastamento, do Decreto n. 10.282/2020, que a regulamentou.

Foi nesse contexto de crise sanitária mundial e crise política brasileira, que o Consórcio Nordeste assumiu importante papel no combate a pandemia da COVID-19, em 2020, auxiliando os estados nordestinos em relação a implementação de políticas públicas mais eficazes contra o coronavírus e suas consequências.

A principal ação desse Consórcio foi a formação de um Comitê Científico presidido pelo neurocientista Miguel Nicolelis e pelo físico Sérgio Machado Rezende que dialogam com os estudos científicos realizados no Brasil e no mundo acerca do novo coronavírus. O Comitê foi responsável pela criação do Projeto Mandacaru, uma plataforma de colaboração voluntária composta por estudantes, professores, cientistas, profissionais das áreas da saúde, exatas e humanas (PEREZ; SANTANA, 2020).

O Comitê Científico do Consórcio Nordeste também criou um aplicativo chamado "Monitora Covid-19" que visa o registro de informações de pessoas com suspeita de COVID-19 para fins de monitoramento e atendimento remoto, conforme o caso. E mais. O Consórcio publicou uma série de boletins científicos nos quais descrevia as recomendações de sua equipe de cientistas profissionais em relação às medidas de combate à COVID-19, que nortearam a tomada de decisões dos governos estaduais e municipais do Nordeste quanto ao enfrentamento da pandemia (PEREZ; SANTANA, 2020).

Por isso, afirma PEREZ e SANTANA,

> O Consórcio Nordeste reforçou seu descolamento em relação ao executivo federal, tanto no sentido científico, já que as instruções dadas eram sempre baseadas em evidências científicas, quanto em relação à coordenação clara do passo-a-passo procedimental que deveria ser seguido pelos entes federativos – diferentemente do governo federal que deu por vezes indicações contraditórias (PEREZ; SANTANA, 2020, p. 264).

Dessa maneira, o Consórcio Nordeste demonstrou ser um instrumento eficaz de cooperação federativa, uma vez que fortaleceu a autonomia dos estados-membros, ao reduzir a dependência político-científica em relação ao governo federal, sendo, portanto, uma experiência exitosa. Foi por meio do Consórcio que estados e municípios puderam se munir de dados científicos para implementar as políticas públicas de contenção ao avanço do vírus. Em especial, quando o Ministério da Saúde se mostrou fragilizado em decorrência das escolhas aleatórias dirigidas pela presidência da república, que foram confrontadas,

politicamente, pelos estados nordestinos, em conjunto. (PEREZ; SANTANA, 2020)

Percebe-se que a atuação do Consórcio não se limitou apenas a compras de insumo para conter a crise sanitária, ela foi além. A ação conjunta dos estados consorciados no sentido de confrontar as políticas desenvolvidas pelo governo federal sob o argumento de estarem na contramão dos estudos científicos também reflete a interestadualidade estabelecida pelo Consórcio Nordeste, característica marcante da cooperação federativa.

Sendo assim, o Consórcio Nordeste teria capacidade para reduzir o caráter fragmentário do desenho federativo brasileiro e, por consequência minimizar os conflitos federativos? Esse é o ponto a ser discutido na próxima sessão.

3. A crise do federalismo brasileiro e a atuação do Consórcio Nordeste para reestabelecer o equilíbrio federativo no contexto da pandemia da COVID-19

É sabido que o federalismo nasceu nos Estados Unidos da América, ao tempo da ratificação da Constituição de 1787 e seu principal objetivo era criar uma nação, de forma a proteger os interesses das ex-colônias ianques. Esse modelo que ficou conhecido como federalismo dual implicava em uma separação rígida entre os entes federativos, sem nenhum estímulo a uma atuação coordenada e de cooperação entres eles. Mas, com o tempo, esse imperativo foi caindo por terra nos EUA e em nas demais Federações ao redor do globo. Tanto é que as federações mais recentes já reconhecem à necessidade de articulação intergovernamental, em especial, a partir do XX. (ABRUCIO; SANO, 2011).

Como já restou demonstrado, o fenômeno da cooperação federativa é uma realidade que se faz presente desde o século XX, de forma mais veemente. Por isso, é importante entender como esse processo tem ocorrido no Brasil, para isso, Abrucio e Sano, como já dito anteriormente, estabeleceram como parâmetro de análise da interestadualidade, três categorias, com base nos estudos de Joseph Zimmerman[3]: a primeira diz respeito ao cenário intergovernamental mais geral

[3] Tais categorias foram estabelecidas como parâmetro de análise da cooperação federativa brasileira no âmbito horizontal por Abrucio e Sano, a partir dos trabalhos publicados pelo professor Joseph Zimmerman sobre o federalismo norte-americano,

produzindo efeitos sobre a forma como os estados se relacionam entre si. A segunda trata da existência tanto de ações cooperativas formais como informais. E, por fim, a mais importante está relacionada aos três tipos de interestadualidade: a) a *advocacy,* b) a de compartilhamento de agenda e inovações em políticas públicas; e, c) vinculação à parceria com estados contíguos (ABRUCIO; SANO, 2011).

Em relação à primeira categoria, ao analisar as ações de cooperação interestaduais, a realidade brasileira demonstra que os municípios estabelecem relações de cooperação entre si, com muito mais frequência, do que os estados-membros. Tanto que os consórcios intermunicipais são experiências vivenciadas pelo Brasil, em período anterior à Constituição 1988.

Em São Paulo, por exemplo, na década de 1960 foi criado o Consórcio de Desenvolvimento do Vale do Paraíba. Ao passo que são raras as experiências de longa duração que envolvem cooperação entre estados, como a do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), fundado em 1961 entre os estados do sul, que sobrevive até o hoje (CUNHA, 2004).

Quanto a existência de ações cooperativas formais e informais, no Brasil, é possível verificar que as ações cooperativas entre os estados são informais e *ad hoc*, relacionadas a questões pontuais, principalmente no que tange à distribuição de recursos e da gestão financeira do Estado. Ocorrem, por meio de articulações informais incipientes, que não se sustentam ao longo do tempo (ABRUCIO; SANO, 2011).

Por fim, no que diz respeito aos tipos de interestadualidade, há a *advocacy* dos estados frente à União que no caso dos estados brasileiros caracteriza-se por alianças informais entre governadores no plano regional, principal do Nordeste – como a autarquia federal Sudene – e do Sul, por meio de cooperação estadual – como p BRDE. (ABRUCIO; SANO, 2011).

Quanto aos dois últimos tipos de interestadualidade: articulação com base territorial e articulação por meio de Conselhos de Políticas Públicas, é possível perceber a ocorrência de ambos no Brasil. O primeiro é caracterizado por envolver entes federativos cujos territórios são contíguos como ocorre com as Regiões Integradas de Desenvolvimento (RIDEs) que envolve estados e

---

com destaque para: *Interstate Relations: the neglected dimension of Federalism (1996), Interstate Cooperation: Compacts and Administrative Agreements (2002) e Horizontal Federalism: Interstate Relation* (2011) (ABRUCIO; SANO, 2011).

municípios. O último tipo refere-se à formação dos Conselhos de Políticas Públicas que congregam secretários estaduais de diferentes setores cujos objetivos englobam a discussão de demandas comuns aos estados e o enfrentamento do Governo Federal para defender seus interesses (ABRUCIO; SANO, 2011). Exemplo de um desses Conselhos, em funcionamento, hoje, é o CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde.

Todas essas categorias também podem ser utilizadas como parâmetro de análise do Consórcio Nordeste, tendo em vista ser este uma relação de cooperação federativa estabelecida pelos próprios estados nordestino, portanto, se trata de uma interestadualidade. Sendo assim, é possível afirmar que o Consórcio Nordeste é uma interestadualidade de caráter formal, já que foi estabelecida por lei. Tanto que constitui uma autarquia pública, ou seja, pessoa jurídica de direito publico ratificada pela Assembleia Estadual de cada estado consorciado mediante a edição de lei estadual.

Ora, em relação às duas primeiras categorias, o Consórcio Nordeste demonstrou ser um instrumento legítimo de cooperação federativa. Quanto aos tipos de interestadualidade, tal consórcio apresenta características bem peculiares, justificando seu caráter inovador em relação às experiências pretéritas, principalmente, considerando a atuação do Consórcio no contexto da pandemia da COVID-19, como exemplificado a seguir:

> No dia 12 de junho os novos gestores da região Nordeste emitiram uma carta conjunta repudiando algumas atitudes do governo Bolsonaro e o seu desrespeito em relação à necessidade de cumprimento das orientações científicas no combate a pandemia. (...) Ainda na carta, os governadores sublinharam estarem fazendo muitos esforços para ampliar as estruturas de saúde e realizar compras de equipamentos e de insumos de forma emergencial e que, concomitantemente, o governo federal havia adotado o negacionismo como prática permanente e que vinha insistindo em não reconhecer a grave crise sanitária enfrentada pelo Brasil, seguindo assim o método que incentiva aglomerações por todo o país, contrariando as orientações científicas. (COSTA, 2020 apud PEREZ; SANTANA, 2020, p. 267)

Essa manifestação do Consórcio Nordeste se aproxima da chamada *advocacy* dos estados frente à União, um dos tipos de articulação que caracteriza a interestadualidade. No Brasil esse tipo de articulação dos estados resta enfraquecida pelo fato de não existir uma arena formal de diálogo entre os entes federativos. Contudo, a atuação dos estados nordestinos supramencionada

demonstrou que o Consórcio Nordeste tem pode constituir uma arena formal de discussão legítima entre os estados e a União

Ora, acima restou demonstrado também que o Consórcio Nordeste é uma aliança formal entre todos os estados do Nordeste que possibilitou uma atuação política mais independente da União. Por se tratar de uma associação pública, portanto, com personalidade jurídica própria, o Consórcio traz um caráter de maior "profissionalização à interestadualidade" estabelecida entre os nove estados do Nordeste, nos termos sugeridos a seguir:

> A profissionalização da interestadualidade poderia reduzir o caráter fragmentário que prevalece na maior parte do tempo. É lógico que continuariam a existir as disparidades horizontais, inter e intraregionais, mas elas poderiam ser tratadas também pela via da cooperação interestadual, e não serem dependentes apenas das ações do Governo Federal (ABRUCIO; SANO, 2011, p. 100).

No contexto da pandemia da COVID-19, o Consórcio Nordeste representou uma alternativa política para minimizar as disparidades horizontais entres os estados do Nordeste em prol de uma solução para um problema comum e emergencial: combater a pandemia da COVID-19 em seus territórios. Contudo, como bem observado acima, a profissionalização da interestadualidade não tem o condão de eliminar as disparidades existentes em nossa federação sejam horizontais ou verticais.

Outro ponto que é importante destacar no que tange à profissionalização interestadual é que

> Uma das dificuldades para se tomar este passo na Federação brasileira está na dificuldade de separar, de um lado, a figura do governador como liderança política que tem pretensões no plano nacional ou no regional, e , de outro, o papel que ele deve ter como representante de um estado, posição que lhe daria uma identidade com os demais ocupantes das governadorias. Novamente, a institucionalização de um fórum permanente dos governadores reduziria o custo de enfrentar esse dilema político-federativo (ABRUCIO; SANO, 2011, p. 100).

A instituição de um Comité Científico no Consórcio Nordeste representa a tentativa de estabelecer um parâmetro de gestão um pouco mais independente das pretensões políticas dos governantes, proporcionando uma maior identidade entre os governadores do Nordeste. Mais uma vez, ressalva-se que o Consórcio Nordeste não representa a solução definitiva para esses dilemas político-federativos. Contudo, essa interestadualidade demonstrou ser eficiente

para minimizar esses conflitos políticos, principalmente quando o pivô do conflito é a própria União como foi discutido na seção anterior.

Quanto à territorialidade contígua, o Consórcio Nordeste ao ser formado por estados da mesma região do Brasil, demonstrou ter levado em consideração as similitudes que os aproximam em virtude da proximidade territorial ao estabelecer tal relação de cooperação. Sendo essa a razão da própria existência do Consórcio Nordeste, como pontuado anteriormente.

Quanto à agenda de políticas púbicas, as atribuições e objetivos desse Consórcio constituem por si só uma agenda de políticas públicas cuja discussão e implementação são realizadas pelo próprio Consórcio Nordeste, à exemplo, mais uma vez, do seu Comitê Científico que foi instituído para direcionar as políticas públicas na área da saúde com o intuito de nortear a gestão dos estados e municípios nordestinos no sentido de conter o avanço da COVID-19 e suas consequências.

Não podemos olvidar, portanto, que as interestadualidades ainda são formas embrionárias do federalismo brasileiro. Por isso, ainda há diversas limitações em nosso desenho federativo que não podem ser transpostas pelos modelos de cooperação existentes no Brasil, como por exemplo, a dependência de repasses fiscais que recai sobre estados e municipais em relação à União.

Nesses casos, em que a seara política demonstra insuficiência para resolver os conflitos federativos, os mesmos devem ser levados para que o Poder Judiciáro para que restabeleça o equilíbrio federativo entre os entes, mantendo a higidez do pacto federativo brasileiro.

CONCLUSÃO

O federalismo foi instituído para conciliar interesses diversos a partir de objetivos comuns: segurança e prosperidade. Os Estados Unidos da América inauguraram esta nova forma de estado em 1787, com a edição de sua primeira e única Constituição que estabeleceu um pacto rígido entre as antigas colônias para formarem uma união indissolúvel de estados autônomos.

Esse modelo dual de federalismo foi se modificando desde o século XVIII até o presente momento, justamente para atender as novas demandas sociais que impactaram a forma federativa de estado. Por essa razão, o modelo de

federalismo cooperativo foi, inicialmente, delineado pelos EUA, em meados do século XX e daí, alcançou outras federações ao redor do globo.

No Brasil, com a Constituição de 1988 e a elevação dos municípios ao status de ente federativo, o diálogo interinstitucional entre os governos dos entes federativos se tornou essencial. Principalmente, diante do estabelecimento de competências administrativas comuns (art. 23 da CF/88) e legislativas concorrentes (art. 24 da CF/88) que passou a exigir uma atuação coordenada entre União, estados e municípios.

Com esse intento que, em 2019, os nove estados nordestino se reuniram no Fórum dos Governadores do Nordeste e mediante um protocolo de intenções criaram o Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste, mais conhecido como Consórcio Nordeste, com base na Lei 11.107/2005, que fora ratificado pelas Assembleias Legislativas dos noves estados nordestinos. Seu objetivo primordial é promover o bem-estar de forma socialmente justa e ecologicamente equilibrada nos estados consorciados.

Assim, diante da postura negacionista do governo federal em relação à Covid-19 e suas graves consequências, coube aos estados e municípios tomarem providências em relação ao avanço da pandemia em seus territórios. Para isso, o Consórcio Nordeste assumiu um importante papel no combate dessa pandemia, demonstrando ser uma arena efetiva de discussão de demandas comuns à região nordeste.

A atuação do Consórcio Nordeste, no contexto da pandemia, demonstrou que é possível a profissionalização da insterestadualidade no Brasil , tendo em vista que tal consórcio não tem caráter efêmero e nem atuação *ad hoc,* pelo contrário, ele constitui uma associação pública legítima e perene, para estabelecer diálogo entre as demais instituições federativas - incluindo, a União – e os seus estados consorciados.

Todavia, as interestadualidades no Brasil tem um caráter embrionário, o que inclui o Consórcio Nordeste. Por essa razão, há entraves em nosso pacto federativo que não podem ser solucionados por tais modelos de cooperação, como por exemplo, a dependência de estados e municípios em relação aos repasses fiscais da União.

Desta feita, quando os conflitos federativos não puderem ser dirimidos na seara política, não há outra alternativa a não ser provocar o Poder Judiciário para que restabeleça o equilíbrio federativo entre os entes, nos termos da

Constituição Federal. Ficando claro, que se está defendendo a judicialização como última alternativa, tendo em vista que a força contramajoritária só deve moderar o litígio federativo quando a maioria democrática se tornar insuficiente para tanto.

Vê-se, portanto, que a institucionalização de espaços de cooperação federativa significa o amadurecimento do pacto federativo, uma que a autonomia dos entes federativos resta fortalecida, permitindo que os gestores federativos possam realizar um governo mais alinhado com as demandas sócio-políticas dos seus representados.

REFEFÊNCIAS

ABRUCIO, F.L.; SANO, H. A experiência de Cooperação Interestadual no Brasil: formas de atuação e seus desafios. *Cadernos ADENAUER*. São Paulo, v.4, n.4, p. 22-31, 2011.

BAHIA. **Lei 14.087/2019 de 26 de abril de 2019**. Ratifica o Protocolo de Intenções do Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste - Consórcio Nordeste, e o Convênio de Cooperação firmado entre o Estado da Bahia e o Estado do Ceará. Disponível em: http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-14087-de-26-de-abril-de-2019 . Acesso em: 29/01/2021

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República dos Estados do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em: 29/01/2021.

BRASIL. Constituição dos Unidos Estados do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em: 29/01/2021.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 8 ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CUNHA, Rosani Evangelista da. *Federalismo e relações intergovernamentais: os consórcios públicos como instrumento de cooperação federativa.* Revista do Serviço Público. Brasília, Ano 55, n.3, Jul-Set 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HAMILTON, A.; MADSON, J.; JAY, J.. *O Federalista***.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. *Revista Legislativa*. Belo Horizonte, n. 25, p. 14 - 25, jan./mar., 1999.

PEREZ; O. C; SANTANA, L. Ações do Consórcio no combate à pandemia da Covid-19. *Revista NAU Social.* Salvador, v.11, n.21, p.259-270. Nov 2020/Abr 2021.

O REFLEXO DE UMA ANISTIA 'RESTRITA' NA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO:
a identificação das violações de Direitos Humanos aos camponeses no estado de Goiás durante a Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985)

Ana Maria Motta Ribeiro
Universidade Federal Fluminense
Niterói-RJ, Brasil
anamribeiro@outlook.com

Geraldo Miranda Pinto Neto
Universidade Federal Fluminense /Universidade do Estado de Minas Gerais
Niterói-RJ, Brasil
geraldo.neto@uemg.br

Resumo: A transição política brasileira do período da Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) para a pretensa democracia foi regulada pela Lei de Anistia. Durante o período de graves violações de direitos humanos houve a luta de organizações populares para a garantia de uma anistia ampla, geral e irrestrita. No entanto, a promulgação da lei de anistia teve caráter restrito e saíram vitoriosos os militares, propagando uma política de esquecimento, a ausência de punição dos torturadores, a continuidade de práticas autoritárias, situações que enfraquecem a democracia brasileira e a concretização dos Direitos Humanos, como percebido pelo Golpe Parlamentar, Militar, Midiático, Jurídico e Empresarial vivido em 2016. Tal panorama aponta para a continuidade das violações de direitos humanos no tempo presente impostas à determinados segmentos da sociedade, dentre eles, os(as) envolvidos na luta pela terra e pelo território. Por isso, é necessário voltar ao passado para evidenciar as formas de violações de DHs não extintas e que se mantém no presente, tal identificação é o objetivo deste trabalho. Para tanto, serão consideradas bases empíricas produzidas nos relatórios da Comissão Pastoral da Terra, da Comissão Nacional da Verdade e da Comissão Camponesa da Verdade sobre as violências praticadas no período ditatorial contra os trabalhadores rurais no estado de Goiás. O resgate ao passado, com o intuito de apontar as continuidades no presente, a partir do recorte da questão agrária em Goiás, visa produzir uma argumentação no campo da justiça transicional que questione o caráter restrito da lei de anistia e a sua não revisão pelo STF, demonstrando as tensões e contradições do caminho percorrido em direção a construção de um Estado de Direito, pautado por ideias democráticos.

Palavras-chave: Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985); Justiça de Transição;

Lei de Anistia; Violação de DH camponeses.

Abstract: A Brazilian political transition from the Civil-Military Business Dictatorship (1964-1985) to the alleged democracy was regulated by the amnesty law. During the period of serious human rights violations, popular associations fought to guarantee a broad, general and unrestricted amnesty. However, the enactment of the amnesty law was restricted and the military emerged victorious, propagating a policy of oblivion, the punishment of torturers, the continuity of authoritarian practices, situations that weaken Brazilian democracy and the realization of Human Rights, as perceived by the Parliamentary, Military, Media, Legal and Business Coup experienced in 2016. This panorama points to the continuation of human rights violations in the present time imposed on certain segments of society, among them, those involved in the struggle for land and for territory. Therefore, it is necessary to go back to the past to highlight the forms of non-extinct human rights violations that are still present, such identification is the objective of the present word. For this purpose, empirical bases produced in the reports of Comissão Pastoral da Terra, the Comissão Nacional da Verdade and the Comissão Camponesa da Verdade on the violence practiced in the dictatorial period against rural workers in the state of Goiás will be considered. To rescue with the past, with the aiming to point out as continuities in the present, from the cut of the agrarian question in Goiás, it aims to produce an argument in the field of transitional justice that questions the restricted character of the amnesty law and its non-review by the STF, demonstrating the tensions and contradictions of the path taken towards the construction of a rule of law, guided by democratic ideas.

Keywords: Civil-Military Business Dictatorship (1964-1985); Transitional Justice; Amnesty Law; Human rights violations against peasants in the dictatorial period.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir as implicações da anistia recíproca, parcial e recíproca na pretensa democracia. Enquanto objeto de análise, a discussão será feita a partir da identificação das violências impostas aos camponeses no estado de Goiás com aa pretensão de trazer uma reflexão acerca das implicações da lei de anistia, que consagrou a proposta dos militares, relativamente a questão agrária no Brasil, mediada pela situação concreta verificada no estado de Goiás.

Num primeiro momento é feita uma discussão sobre a Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) no Brasil, pontuando enquanto um período marcado por atos de exceção e por graves violações aos Direitos Humanos.

Durante o período houve disputas em torno da transição e da anistia a ser feita, uma proposta feita por movimentos populares que reivindicavam uma anistia ampla, geral e irrestrita frente a anistia recíproca, restrita e parcial, defendida pelos militares. A proposta consagrada na lei de anistia foi a feita por militares, gerando uma política de esquecimento e a continuidade de práticas autoritárias e antidemocráticas pelo período vigente.

No segundo momento há a apresentação do objeto de análise, ou seja, aprofunda-se na temática da questão agrária. É feita uma apresentação conjuntural do período, partindo dos conceitos de militarização da questão agrária (MARTINS, 1984) e da modernização conservadora (DELGADO, 2012), refletindo sobre a violência no campo (MEDEIROS, 2002).

Posteriormente, são apresentadas localidades em que ocorreram as violações de direitos humanos aos camponeses, a partir de dados coletados em documentos feitos pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), pela Comissão Camponesa da Verdade (CCV) e pela Comissão Pastoral da Terra (CPT). Verifica-se a existência de uma violência generalizada diante da luta pela terra, com assassinatos, prisões ilegais, desaparecimentos forçados, torturas, dentre outros, que abarcou todas as regiões do estado.

Para finalizar, são feitas considerações sobre a implicação da anistia recíproca, parcial e restrita no âmbito da questão agrária em Goiás e seus efeito nefastos a democracia e a formação de um Estado democrático de Direito no país. Verifica-se a continuidade das violências praticadas contra camponeses no contexto de pretensa democracia e o avanço do agronegócio, que foi incentivado pela modernização conservadora. Procuramos retratar as bases político ideológicas de uma estratégia de esquecimento intencional contra os subalternizados de modo geral, e aqui, particularmente referida aos subalternizados do campo que reagem a atuação de poder das oligarquias, e que buscam desconsiderar pela política ou pela força a sua agência de classe. Assistimos a inviabilização de resistências e a violência institucionalizada que geram sistematicamente uma atuação revisionista e negacionista do Estado sobre esses cidadãos brasileiros, que se constituiu e se consolidou pela não punição das ações criminosas do Estado nacional no período de exceção da ditadura e que se mantiveram como uma espécie de norma a comprometer a relação entre Estado e cidadania, após a não punição dos culpados que praticaram esses atos ilegais, gerados durante o período ditatorial.

Será interessante recuperar e identificar a sistemática de uma atuação sem dolo dos grupos de poder que vieram se agudizando gradativamente depois da ditadura, mesmo durante os governos popular desenvolvimentistas do PT. Uma continuidade que emerge e se desenvolve pela manutenção do uso impune da violência privada e gradualmente sustentada pelas forças oficiais legítimas (PMs por exemplo nos famosos massacres de Curumbiara/RO e Eldorado dos Carajás/PA). E assim, pontualmente, as elites atuam até chegarem a ruptura mais radical com a ordem estabelecida pela aplicação do método de Golpe de Estado, escondido e mal estabelecido na nominação de '*Impeachment*'. Uma solução política desconfortável para qualquer democracia quando não consegue se fundamentar nos critérios jurídicos consolidados, e precisa buscar motivações frágeis na manipulação da opinião pública pelas mídias, permanecendo em situações escassamente respaldadas na Lei, consolidando um fenômeno cada vez mais frequente na América Latina que passou a ser conhecido no Direito e na sociologia como como "Law Fare" (ZANIN, MARTINS, VALIN, 2019), ou seja, abuso da Lei pelos mais fortes, e assim surge como um mecanismo utilizado para a manutenção da ordem e do poder em especial baseado na propriedade territorial que situa o campo como um 'lugar' de disputa e conflitos cotidianos e desiguais, dada a fortíssima concentração fundiária verificada desde sempre, e que nunca, nem nos governos populares mencionados, jamais chegou a ser reduzida com algum nível de significância.

Uma concentração como reforço do poder oligárquico antigo e novo, desenhado em diversas formas de grilagens ilegais da terra, que são em si o respaldo das relações de dominação atuantes. Em Goiás essa situação é especialmente relevante dado que neste território as formas mais tradicionais de mandonismo rural do agronegócio se estabeleceram e criaram uma das mais fortes formas organizadas do poder rural privado voltado para a "defesa armada" da propriedade, chamada de União Democrática Ruralista (UDR) capitaneada pela família Caiado e ouros grupos de famílias que se revezam entre a administração das terras e as ações dentro do Congresso nacional formando a bancada ruralista como grupo de poder, que se rebelam e atacam sempre e quando as formas democráticas entram em desacordo com seus interesses privados.

Assim, e de modo preocupante, tornou-se possível observar no país ao longo de décadas e independente do tipo de alianças formadoras dos governos, das quais os agronegocistas jamais se afastaram até quando não tinham quadros para representá-los e tiveram que fazer aliança com os governos petistas, por

exemplo, para 'não sair do poder' e conseguir se beneficiar do seu tradicional esquema. As forças oligárquicas antigas ou novas, resistentes no poder, desta forma vem conseguindo – embora sejam contrariadas pela resistência continua e organizada de trabalhadores e trabalhadoras rurais que ousam disputar terra e opinião - se reproduzir dentro da dominação conservadora como Florestan Fernandes (1976) analisa em seu clássico – *Revolução Burguesa no Brasil.*

E nesta via chegaram - após saírem de modo radicalizado com o esquema de aliança com o PT - a provocar uma clara ruptura com o conceito de Pacto Burguês (THOMPSON, 1987) fundamento gerado na formação do próprio capitalismo na Inglaterra e que definiu a ideia de universalidade da Lei como garantia da situação dominante e da ordem. No Brasil, esse legado da Anistia Restrita gerou condições explicitas de descumprimento da Lei e assim produziu a indicação da relevância de uma justiça de transição para a superação do período autoritário, transformando as relações do campo e para impedir o retorno repetido de períodos autoritários que estabelecem as formas de domínio restritas que são em geral antipatrióticas e até antiprogressistas para o próprio desempenho do capital internacional, ao subordinar e entregar todas as possibilidades de riqueza nacionais levando o país a juma condição de atraso e subordinação com sérias consequências nefastas para o total da população.

Este artigo foi desenvolvido a partir de uma revisão bibliográfica sobre a temática da justiça de transição e da questão agrária durante o período ditatorial. Para além disso, houve a análise de fontes documentais, oriundas de relatórios da CNV, da CPT e da CCV, com o objetivo de identificar as violências feitas aos camponeses em Goiás. As identificações são apresentadas no formato de mapas, com o intuito de garantir uma melhor visualização dos casos e dos conflitos, incentivando pesquisas futuras e novas interrogações.

2 A transição política da Ditadura Civil-Militar Empresarial

A segunda metade do século XX foi marcada por inúmeras tensões decorrentes da Guerra Fria, com a polarização entre Estados Unidos, representando o capitalismo, e a União Soviética, defendendo o socialismo. Esse contexto internacional representou a implementação de períodos autoritários e de governos de exceção na América Latina. No Brasil, foi representado pelo Golpe Militar em abril de 1964, perpetuando uma Ditadura até 1985.

Durante muito tempo, esse período ficou consolidado no ideário populacional com o termo Ditadura Militar. No entanto, faz-se a opção por abranger também o elemento 'civil' e 'empresarial', compreendendo que tais segmentos foram peças chaves para a implementação do golpe e, por diversas vezes foram ocultados. Para evitar esse silenciamento é que é necessário trazer tais elementos diante de uma Ditadura Civil-Militar Empresarial (LENZ, 2015). Por exemplo, a implementação da doutrina da segurança nacional, utilizada para combater os opositores ao regime e que atuava como justificativa para ameaças autoritárias e antidemocráticas, surgiu com a Escola Superior de Guerra (LENZ, 2015), que tinha o financiamento do empresariado. Sobre o aspecto civil, observa-se mobilizações e organizações que atuaram para reivindicar o golpe, principalmente a Marcha da Família com Deus pela liberdade, que contou com inúmeras pessoas e foi organizada na sede da Sociedade Rural Brasileira (MARTINS, 1985), entidade de defesa dos produtores rurais e que atuou para articular o setor agrícola com o industrial. Portanto, o período ditatorial foi implementado pelos militares, mas com o embasamento civil e empresarial.

A Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) foi um período marcado por inúmeras violações de direitos humanos e pela construção de um estado de exceção. Sobre o estado de exceção, foi instaurado um sistema político que não era baseado na lei, em contraponto à um estado de direito. Os militares passaram a legislar mediante atos institucionais, houve um adestramento do Judiciário, o Congresso Nacional chegou a ser fechado, em outros momentos tinha uma atuação somente aparente, mandatos foram cassados, houve a nomeação de interventores para estados e municípios, partidos foram extintos diante da instauração do bipartidarismo, a instauração do voto indireto, dentre outros fatores (GRECO, 2015). Tais situações demonstram que o Executivo, nas mãos dos militares, decidia de forma única, não respeitando limites anteriormente estabelecidos e com um respaldo democrático.

Soma-se a tal fato a existência de graves violações de direitos humanos, diante a instauração de uma violência institucionalizada e autoritária, principalmente contra aqueles e aquelas que se opunham ao regime estabelecido diante do golpe. A tortura foi uma prática institucionaliza, casos de desaparecimentos forçados, muitos restos mortais até hoje não foram encontrados, assassinatos, a censura prévia aos veículos de imprensa e às produções artísticas, exílios, dentre outros (GRECO, 2015). Percebe-se, portanto,

a existência de um Estado autoritário, de exceção, antidemocrático e que institucionalizou as violações aos direitos humanos.

No ano de 1974, o então presidente, o general Emílio Médici, determinou uma abertura lenta, gradual e segura para a democracia. Iniciava a transição política entre o regime ditatorial para a instauração de um regime democrático. No entanto, a proposta feita pelos militares, nada mais era do que a construção de um mecanismo para se reciclar e se manter no poder. Ou seja, a proposta era uma transição feita diante de uma política de esquecimento sobre as violações existentes e a manutenção do aparato repressivo, principalmente diante das instituições e a manutenção da doutrina da segurança nacional. Neste momento, não havia uma proposta de anistia (GRECO, 2015).

Das ruas e movimentos surgiu a luta por uma anistia ampla, geral e irrestrita. Tais movimentos atuaram enquanto uma forma de negar a inexistência de uma anistia ou a construção de uma anistia restrita e concedida. Uma anistia ampla é aquela que deveria atingir todas as manifestações de oposição ao regime, o geral envolve o perdão a todas as vítimas da repressão e irrestrita, pois não deveria ter qualquer tipo de discriminação (GRECO, 2015).

Como organizações que encamparam tais lutas e mobilizações tivemos o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), criada em 1975 em São Paulo. Tal movimento se iniciou enquanto um grupo de familiares (mães, irmãs, filhas etc.) que reivindicava informações sobre desaparecidos políticos e melhores condições para os presos opositores ao regime. Com o tempo, tal grupo se ampliou e politizou o debate, constituindo no primeiro movimento que lutava especificamente contra o fim do período ditatorial. Tornando-se uma articulação nacional, o grupo feminista reivindicava a anistia ampla, geral e irrestrita e ganhou visibilidade (GRECO, 2015).

Diante do acúmulo do Movimento Feminino pela Anistia, em 1978 foram criados Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs). Tal grupo foi ampliado em inúmeros estados e houve a internacionalização da luta pela anistia, impulsionada por pessoas que estavam exílio. Tal grupo mantinha a necessidade de uma anistia ampla, geral e irrestrita. Para além disso, rejeitavam uma anistia parcial e recíproca, o retorno dos perseguidos para a vida social e política, o direito da sociedade se organizar e manifestar e a necessidade do desmantelamento do aparelho repressivo, com a apuração dos casos de torturas. O objetivo central seria o de evitar a permanência de uma ditadura repaginada, que manteria os traços autoritários, mas um semblante democrático (GRECO, 2015).

Em contraponto à visão das lutas populares, os militares propunham uma anistia parcial, restrita e recíproca. Seria restrita e parcial pois houve a exclusão de determinados segmentos, principalmente os tidos como 'guerrilheiros' ou 'terroristas' e os crimes conexos aos políticos, do rol de pessoas anistiadas. E a demanda por uma anistia recíproca, ou seja, os agentes de repressão não deveriam ser julgados pelas graves de violações feitas. É perceptível que que a visão postulada pelos militares era a construção de uma política do esquecimento (GRECO, 2015).

Em 1979, em meio à inúmeros debates e tensionamentos, foi promulgada a lei de anistia, lei n° 6.683. Tal legislação demarcou uma anistia recíproca, parcial e restrita, ou seja, a proposta dos militares saiu vencedora. Significa dizer que os perpetradores de graves violações de direitos humanos, como por exemplo, os torturadores, não foram julgados e responsabilizados por seus atos. Bem como, inúmeras vítimas do período não foram anistiados e continuaram em exílio. Isso significa dizer, que a política do esquecimento saiu vencedora e o Estado brasileiro não se responsabilizou pelo período vivenciado – como por exemplo, dar cabimento aos restos mortais dos desaparecidos políticos. É por esses motivos que a lei n° 6.683 é chamada de uma autoanistia, ou seja, os detentores do poder se deram um auto perdão (GRECO, 2015). Tal situação, evidentemente, fragiliza a democracia do país, facilitando um retorno à períodos de exceção e a manutenção na pretensa democracia de espaços repressivos.

No ano de 2007, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) questionou a constitucionalidade da lei n° 6.683/1979 diante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 153, por compreendê-la enquanto uma autoanistia (ALVES, 2017). O Supremo Tribunal Federal (STF), na contramão das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CANTON, 2011), rejeitou a demanda, consolidando a lei de anistia no período atual, por compreendê-la enquanto um acordo político importante no momento e que permitiu a chegada da democracia (ALVES, 2017).

Isso significa dizer, que mesmo após quarenta anos de atrocidades nenhum perpetuador das graves violações do período foi responsabilizado ou julgado pelas atrocidades cometidas. Houve esforços importantes de reparação às vítimas do período ditatorial, como por exemplo, a Lei dos Desaparecidos Políticos do Brasil, em 1995, e a Comissão Nacional da Verdade (2011-2014) (LORENZETTO, KOZICKI, 2015). Apesar de serem espaços importantes, houve um debate mais institucional do que social, não alargando o debate sobre o

período ditatorial para a sociedade, inexistindo a consagração do elemento da justiça.

Portanto, a proposta vencedora foi construída pelos militares e gerou uma anistia restrita, parcial e recíproca, com validade constitucional até os dias atuais, contribuindo para a existência de uma política de esquecimento, do revisionismo, do negacionismo e da naturalização de violências cotidianas que são reflexos do período autoritário. Analisar os reflexos da autoanistia a partir de um objeto de análise específico é o foco do próximo tópico.

3 As graves violações de Direitos Humanos às/aos camponeses em Goiás

A discussão da lei de anistia é uma temática do presente, afinal, as suas implicações e reflexos de suas limitações quanto a punição e criminalização dos responsáveis pelas ilegalidades contra cidadão brasileiros reaparecem no cotidiano de direitos humanos até hoje. Para realizar tal discussão, tentaremos mostrar alguns casos de violações impostas aos camponeses no estado de Goiás a partir da sistematização feita pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), Comissão Camponesa da Verdade (CCV) e da Comissão Pastoral da Terra (CPT). O objetivo central é o de tentar responder: quais foram as violações de direitos humanos impostas aos camponeses no período ditatorial? Tal resposta visa contribuir com o resgate do direito à memória a tal grupo e, posteriormente, refletir sobre as consequências no presente.

A conjuntura agrária do período ditatorial pode ser observada aqui a partir de dois teóricos: José de Souza Martins (1984) e Guilherme Delgado (1985).

José de Souza Martins (1984) escreveu o livro 'A militarização da questão agrária'. Na produção ele sistematiza duas atuações centrais do envolvimento militar no âmbito da temática agrária com o intuito de esvaziar a luta pela terra, em enfrentamento à grupos e movimentos que atuavam na área, com destaque para as Ligas Camponesas e os sindicatos de trabalhadores. A primeira forma de esvaziar a luta pela terra envolvia o a construção de legislações para diminuir as reivindicações, como por exemplo, o Estatuto da Terra, em 1964, que determinava a desapropriação do latifúndio improdutivo para a implementação da reforma agrária. Apesar da publicação da norma, não gerava a sua aplicação na prática.

A segunda forma de esvaziar as reivindicações pela democratização do acesso à terra, seria através da violência e da repressão, identificando a violência

física, a violência feita pela justiça (Judiciário) e a violência proposta pelo Executivo. A violência física seria aquele feita por policiais e *pistoleiros*, gerando execuções, desaparecimentos, ameaças, dentre outras. A violência feita pelo Judiciário seriam as decisões que geravam despejos de camponeses, que eram executados com recursos particulares, como a ajuda de grileiros e de jagunços. Já a violência praticada pelo Executivo envolve a atuação policial e militar, principalmente com a intervenção e o esvaziamento de entidades representativas, tais como os sindicatos (MARTINS, 1984).

Sobre a violência no campo, retratada por José de Souza Martins, e que iremos identificar no âmbito do período ditatorial em Goiás, é importante trazer reflexões e debates feitos por Medeiros (2002). A pesquisadora afirma que a violência contra trabalhadores rurais é um padrão histórico de dominação. Vejamos:

> A violência como forma de tratamento dos trabalhadores do campo é parte integrante do chamado padrão tradicional de dominação na história brasileira. os massacres indígenas para permitir a apropriação das terras por eles ocupadas, a escravidão negra, a subordinação dos homens 'livres e pobres', as formas de controle frequentemente denunciadas pelos colonos europeus que vinham trabalhar nas lavouras de café e que encontravam nas queixas a seus consulados uma saída alternativa para provocar uma reordenação nas relações de trabalho, foram algumas expressões da violência no meio rural (MEDEIROS, 2002:186).

Medeiros (2002) afirma que a violência no meio rural é diversa, existindo o trabalho escravo e a eliminação física de lideranças. Enquanto sujeitos dessa violência praticada encontram-se a figura do proprietário de terra ou de capaz, com ajuda de *jagunços*. Pontua que tais casos não chegam para as outras esferas de poder, ou seja, há uma impunidade contra a violência no campo.

Reforçando o padrão histórico de dominação, ela afirma que a brutalidade em execuções demonstrava o método utilizado pelos proprietários de terra para mitigar o processo de organização dos camponeses, exemplifica com o assassinato de João Pedro Teixeira, uma das lideranças das Ligas Camponesas na Paraíba. Para além disso, afirma: "a continuidade das práticas violentas naturalizou-se de tal forma que se torna possível explicitar nos meios de comunicação o apelo à violência, sem que isso tenha maiores consequências sociais ou jurídicas para os que o fazem" (MEDEIROS, 2002:187). Dessa maneira, a autora afirma que a violência é uma prática histórica utilizada para conter os camponeses e que permanece em contextos de pretensa democracia (MEDEIROS, 2002).

Já a segunda categoria utilizada para traçar o panorama conjuntural do período envolve o livro 'Do capital financeiro na agricultura à economia do agronegócio', de Guilherme Delgado (2012). O autor utiliza a categoria de modernização conservadora para caracterizar a articulação entre o setor agrícola e o setor industrial, consolidando a base da revolução verde e a implementação do agronegócio no campo brasileiro. As oligarquias rurais e os latifundiários se modernizaram no período, introduzindo novas tecnologias para o campo, como o uso de agrotóxicos e a mecanização dos procedimentos, com o auxílio governamental diante dos créditos fundiários. No entanto, apesar da aparente modernização, houve a manutenção do caráter conservador, pois não houve alteração da concentração fundiária do país. Enquanto consequências dessa modernização, outro autor, Sauer (2010), identifica a concentração da propriedade, a fome, o êxodo rural, e acirrou as violências frente aos projetos antagônicos ao agronegócio, tais como os trabalhadores rurais, os indígenas e as comunidades remanescentes de quilombos.

Esse é o panorama da questão agrária brasileira e que repercutiu no estado de Goiás. Pinto Neto e Lima (2020) fizeram o esforço de identificar as graves violações de direitos humanos pontuadas pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) que aconteceram em Goiás. E traçaram:

> A maior ocorrência das de violações no período ditatorial tem como foco a violência praticada contra camponeses. Com destaque para o conflito de Trombas e Formoso – que possui relevância à nível nacional. Tal fator demonstra o enfoque agrário do estado de Goiás – o que repercute nas instâncias de disputa política pelo território. Afinal, em tal período, o estado foi berço tanto da União Democrática Ruralista (UDR), entidade patronal que incentivava a luta armada contra trabalhadores rurais em ocupações, quanto da Comissão Pastoral da Terra (CPT) – entidade da Igreja Católica que pauta a defesa e proteção dos trabalhadores rurais que reivindicam a democratização do acesso à terra (PINTO NETO, LIMA, 2020:136).

Diante da centralidade das violações de direitos humanos impostas aos camponeses no estado de Goiás durante o período ditatorial, os autores sugerem: "a perspectiva de aprofundar em temáticas com inúmeras violações em Goiás: contra camponeses, estudantes e igrejas" (PINTO NETO, LIMA, 2020:141). Dessa maneira, o presente trabalho surge com essa intencionalidade, alargando os documentos de análise para além do relatório final da CNV, e aprofundar na temática agrária.

Os dados serão apresentados a partir do formato de mapa, feito pelo aplicativo virtual *my maps*. O objetivo é traçar gerar uma maior visibilidade das

violações de direitos humanos, territorializando a temática a partir dos municípios, com o objetivo de suscitar políticas públicas de garantia do direito à memória e à verdade. Para além disso, o objetivo é incentivar o debate para outros grupos e pesquisadores que trabalham com a temática, ampliando os mapas e casos existentes. Gediel *et al* (2012) afirma que a cartografia é um instrumento tanto pedagógico quanto político que pode articular o campo científico com as mobilizações sociais, visando facilitar as sistematizações e garantindo uma maior visibilidade.

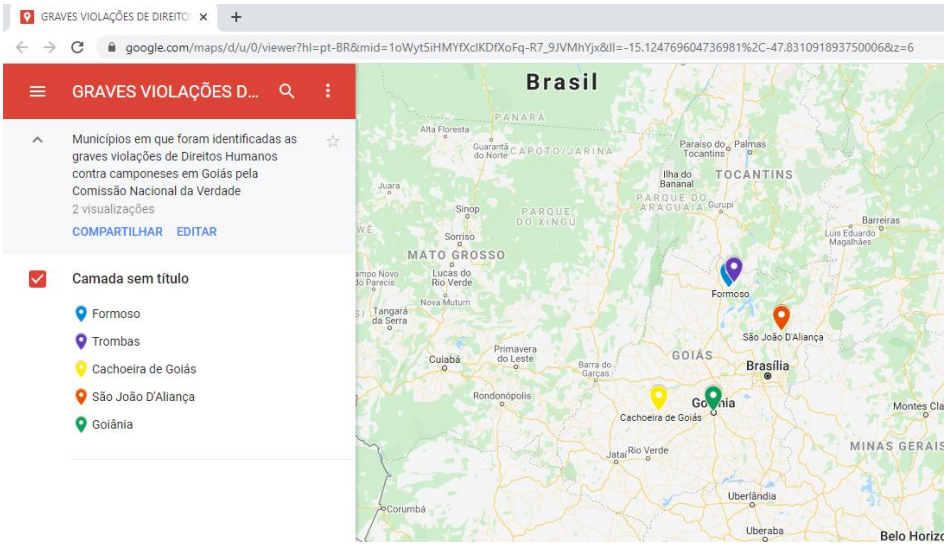
Vamos a apresentação dos mapas, com uma explicação sobre a base documental analisada, a identificação geográfica dos municípios descritos e um breve resumo de casos.

3.1 Os dados identificados pela Comissão Nacional da Verdade

O art. 8° do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ligado à Constituição Federal de 1988, determinou a anistia para os atingidos em decorrência de motivação exclusivamente política e decorrente de atos de exceção entre 1846 e 1988 (BRASIL, 1988) e o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), em 2009, determinou a necessidade de maiores esclarecimentos sobre os atos praticados no período ditatorial (PNDH-3) (BRASIL, 2010). Tais situações ensejaram na criação da Comissão Nacional da Verdade, órgão oriundo pela lei n° 12.528/2011. Tal comissão surgiu com o objetivo de garantir o direito à verdade e à memória para os crimes praticados no período ditatorial, examinando as graves violações do direito à memória de forma institucionalizada (BRASIL, 2011).

Após três anos de intensos trabalhos, de resgate da memória, como as caravanas da anistia, os pedidos de perdão feitos pelo Estado às vítimas e depoimentos, foi publicado o relatório final em 2014. O relatório foi dividido em três partes, dentre eles o segundo foi responsável por realizar atividades temáticas, na qual existe o relatório com o objetivo de esclarecer as graves violações de direitos humanos aos camponeses. Tal relatório teve o apoio da Comissão Camponesa da Verdade (CVV) (CNV, 2014). Neste relatório, específico aos camponeses, foi feito o levantamento dos casos em Goiás, chegando ao seguinte mapa:

MAPA I – GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS CAUSADAS AOS CAMPONESES EM GOIÁS IDENTIFICAS PELA COMISSÃO NACIONAL DA VERADE



Sistematização: Pinto Neto e Ribeiro. Data: 01/02/2021.

No mapa institucional, ou seja, o feito pela CNV identificamos, relativamente um pouco número de casos. É um número menor do que os levantamentos posteriores, o que demonstra uma limitação no direito à memória para outros casos invisibilizados. Apesar de quantitativamente ser um número menor, é importante destacar que a leitura dos relatos demonstra uma ampla incidência de graves violações de direitos humanos: são identificados assassinatos de lideranças, torturas, prisões arbitrárias, desaparecimentos forçados, violência sexual, dentre outros. Ou seja, não se pode analisar as incidências de modo numérico, mas sim, analisar a institucionalização da violência imposta aos camponeses. Adiante será demonstrado o mapa sobre as violências identificadas pela Comissão Camponesa da Verdade (CCV).

3.2 Os dados identificados pela Comissão Camponesa da Verdade

A Comissão Camponesa da Verdade (CCV) é resultado do I Encontro Unitário dos Trabalhadores, Trabalhadoras e Povos do Campo, das Águas e das

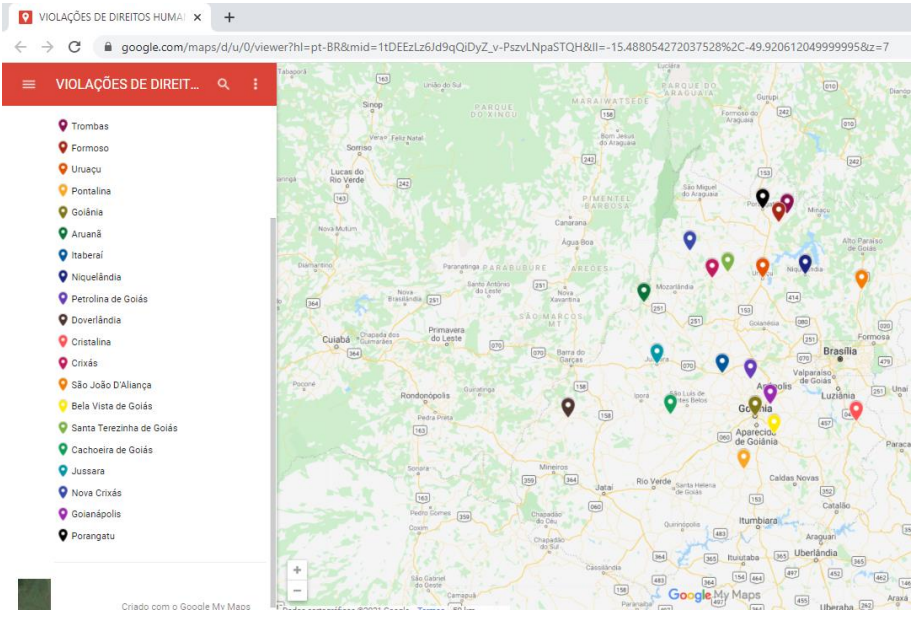
Florestas, realizado em Brasília, em 2012 em Brasília (PORTO, SAUER, VIANA). Cerca de quarenta entidades se comprometeram:

> [...] a lutar pelo reconhecimento da responsabilidade do Estado sobre a morte e o desaparecimento forçado de camponeses, bem como os direitos de reparação aos seus familiares, com a criação de uma comissão camponesa pela anistia, memória, verdade e justiça para incidir nos trabalhos da Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, visando a inclusão de todos afetados pela repressão (DECLARAÇÃO DO ENCONTRO UNITÁRIO, 2012).

Em decorrência desse comprometimento é que surgiu a Comissão Camponesa da Verdade. Diferentemente, da Comissão Nacional da Verdade, tal proposta não era institucionalizada, mas resultado de um protagonismo de trabalhadores e trabalhadoras rurais para questionar a ditadura, superar a invisibilização da resistência camponesa e lutar pela reparação do Estado às vítimas camponesas. Tal comissão foi feita: "com a participação de professores/as, pesquisadores/as, lideranças de movimentos sociais e gestores públicos" (PORTO, SAUER, VIANA, 2014:14) com o objetivo de garantir a reconstrução da memória camponesa. Ao final dos trabalhos, a Comissão recomendou ao Estado brasileiro o reconhecimento de graves violações de direitos humanos e a construção de medidas de reparação PORTO, SAUER, VIANA, 2014).

Diante da leitura do relatório final, foi possível identificar graves violações de Direitos Humanos nos seguintes locais:

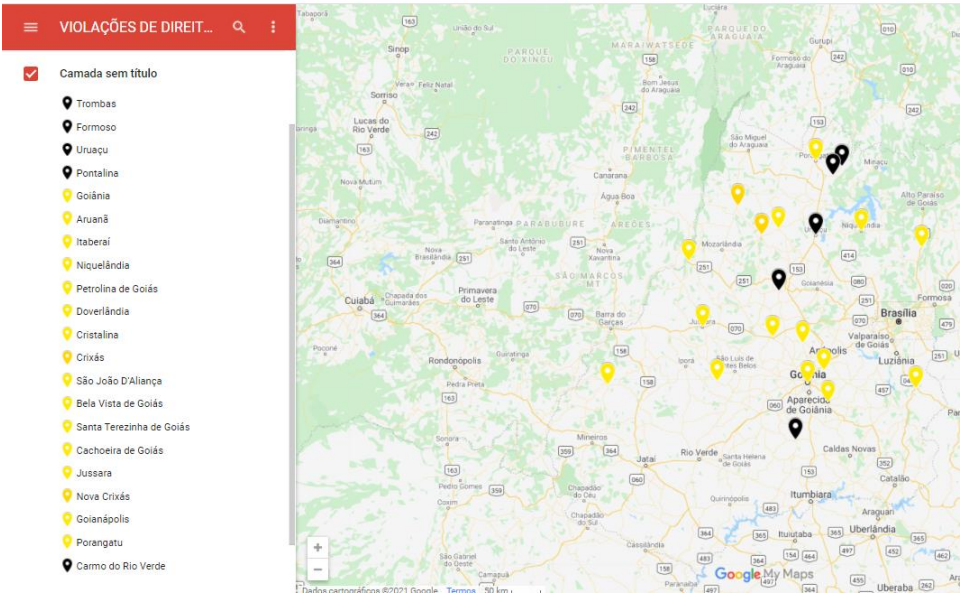
MAPA II – MUNICÍPIOS QUE OCORRERAM VIOLÊNCIAS CONTRA CAMPONESES IDENTIFICADOS PELA CNV



Sistematização: Pinto Neto e Ribeiro. Data: 01/02/2021.

No mapa acima há a identificação, via cores a partir dos municípios. No entanto, faz-se necessária uma divisão de cores a partir dos seguintes dados: se nos municípios identificados foram narrados enquanto casos emblemáticos [estarão com a legenda em preto], ou se são os municípios em que foram mencionados a existência de inquéritos policiais militares (IPMs) e processos judiciais contra trabalhadores rurais e/ou camponeses mortos ou desaparecidos [estarão com a legenda em amarelo]. Vejamos:

MAPA III – VIOLÊNCIAS CONTRA CAMPONESES A PARTIR DA CNV COM A DIFERENCIAÇÃO CASO EMBLEMÁTICO OU COMO INQUÉRITO/PROCESSO JUDICIAL/DESAPARECIMENTO/ASSASSINATO NO CAMPO



Sistematização: Pinto Neto e Ribeiro. Data: 01/02/2021.

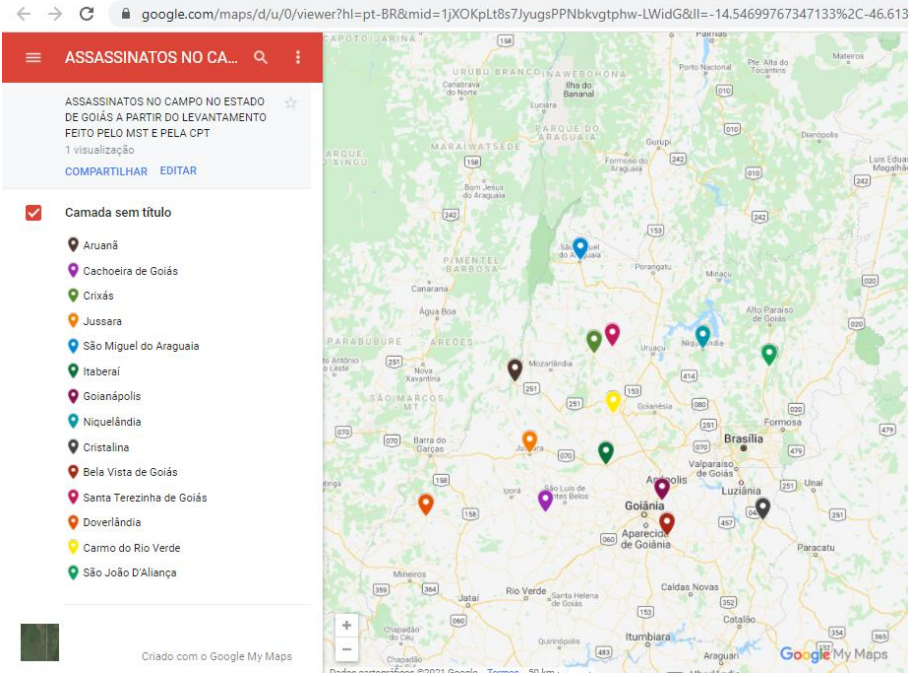
Diante dos fatos identificados é possível identificar um novo caso emblemático, localizado no município de Uruaçu-GO. Para além disso, o material possibilitou identificar dados complementares em que ocorreram IPMs, processos e camponeses assassinatos. Adiante haverá a sistematização de dados do último documento analisado.

3.3 Assassinatos no campo a partir dos dados levantados pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e divulgados pelo Movimento dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais Sem Terra (MST)

No ano de 1986, o MST publicou o dossiê: '*Assassinatos no campo: crimes e impunidades*', com o objetivo de tornar os fatos públicos para as autoridades, principalmente para o Poder Judiciário e para a imprensa, afinal, as mortes e as impunidades decorrem de um modelo econômico e de uma política agrária

exclusivista. Para além disso, exigem justiça, com a localização e punição dos assassinos e exigem uma política agrária pautada na reforma agrária, ampla e radical. Os dados foram divulgados a partir da sistematização e levantamento feito pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) (MST, 1986). Os assassinatos que aconteceram no estado de Goiás centraram-se nos seguintes municípios:

MAPA IV – ASSASSINATOS NO CAMPO NO ESTADO DE GOIÁS A PARTIR DO LEVANTAMENTO FEITO PELO MST E PELA CPT



Sistematização: Pinto Neto e Ribeiro. Data: 01/02/2021.

A apresentação dos mapas é importante para territorializar a temática da justiça de transição, afinal, o levantamento nacional e o resgate histórico, de certo modo, já foi feito, no entanto, é importante suscitar o debate e trazê-lo para o presente: qual a situação do julgamento desses casos? Qual foi a repercussão desses casos na Comissão de Anistia e na CNV? Como as elites agrárias atuaram nesse contexto local? Qual a situação da terra em conflito? Existe uma política de memória para as vítimas desse período? Tais debates são emergentes e podem ser

aprofundados, posteriormente, em pesquisas acadêmicas e na reivindicação e na formulação de políticas públicas que pautem à memória e à verdade, levando em conta que o estado de Goiás não divulgou o relatório final da Comissão Estadual da Memória, Verdade e Justiça, que leva o nome de José Porfírio, e que teve o trabalho iniciado em 2014.

Diante do levantamento, é importante apresentar, de modo breve, alguns casos tidos como emblemáticos. O caso com relevo nacional para a luta pela terra é o localizado em Trombas e Formoso, constituindo enquanto marcante para a historiografia goiana. Posseiros, no começo da década de 1960, após muita inúmeras reivindicações e revoltas contra grileiros e policiais, obtiveram o título da área. No entanto, com a tomada de poder pelos militares e pelas elites, os líderes foram perseguidos, alguns foram assassinados, torturados e com prisões arbitrárias, houve desaparecimentos forçados, a associação dos trabalhadores rurais foi dissolvida e os títulos de posse conquistados à duras penas foram revogados. A liderança, José Porfírio, merece destaque, pois conseguiu ser eleito deputado estadual e teve o mandato cassado, foi preso, foragido e é um desaparecido político (KELH, 2014).

Outro caso, ocorrido em 1985, envolve a execução de Domingos da Silva Santarém, posseiro no município de São João da Aliança. O seu assassinato foi orquestrado pelo fazendeiro Olavo Ferreira Filho, com a execução do delegado Henrique dos Santos. Há a suspeita de que o prefeito do município participou no crime. Ele foi assassinado dentro da própria casa, na presença da esposa e dos filhos (KELH, 2014:112).

Em Carmo do Rio Verde, no ano de 1985, houve a execução do líder do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, Nativo da Natividade de Oliveira. A execução foi feita por um pistoleiro que afirmou que o mandante foi o prefeito e o advogado. Os sindicais acusaram também, o presidente do Sindicato Rural, o procurador da Usina Agro-Álcool e o presidente da Destilaria, pois já haviam feito ameaças de morte ao líder sindical (KELH, 2014:112). Tal caso foi acompanhado de intensa mobilização pela população local, mobilizando a militância goiana (PIETRAFESA, 2014).

Para além desses e de inúmeros outros casos identificados, mas que por uma limitação de páginas não serão apresentados neste momento, destaca-se a articulação dos fazendeiros goianos, conjuntamente com paraenses e baianos, na criação da União Democrática Ruralista (UDR). Tal entidade tinha o objetivo de formar um grupo armado para 'combater' as ocupações de terra. Tal grupo,

explicitamente reivindicava a violência contra camponeses e chegou a disputar normas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte (ANC/1986-1988), com a liderança de Ronaldo Caiado (KELH, 2014:142), atual Governador do estado.

Feita a apresentação dos dados coletados sobre as graves violações de direitos humanos impostas aos camponeses em Goiás, no próximo tópico haverá a discussão sobre as implicações desse período no contexto atual.

4 Quais as implicações de uma anistia parcial, recíproca e restrita para a questão agrária em Goiás?

Neste momento já houve a apresentação de dois debates importantes. Inicialmente houve a discussão de uma anistia parcial, recíproca e restrita e como isso contribuiu para o silenciamento das graves violações de direitos humanos durante o período militar. Posteriormente, houve a apresentação do objeto da pesquisa: as violências praticadas contra os camponeses no estado de Goiás. Agora, discute-se: quais as implicações de uma anistia parcial, recíproca e restrita para a questão agrária em Goiás?

A maioria dos crimes praticados nesse período terminaram sem processos e sem julgamentos. Isso significa dizer que o Brasil nunca deu explicações sobre a vida de inúmeros camponeses e camponesas. Ao gerar uma anistia recíproca, ou seja, o perdão aos perpetradores de violações de direitos humanos fez com que crimes institucionais fossem silenciados e invisibilizados na história nacional.

A ausência do elemento justiça, no campo transicional, traz inúmeros problemas. O primeiro deles é o silenciamento. A anistia parcial, recíproca e restrita contribuiu para que os crimes praticados ou com ação ou com omissão estatal não fossem averiguados, e, portanto, caíssem no esquecimento. Trata-se, portanto, de uma política de esquecimento, a estratégia utilizada nos processos de anistia. Vejamos:

> [...] a anistia vai além do esquecimento jurídico, ou seja, põe fim a todos os processos em andamento e suspende todas as ações judiciais, impedindo a apuração dos crimes políticos e apagando a memória como se nada houvesse acontecido. Ora, esquecer esse passado traumático, indesejado, é querer impedir que a sociedade conheça o arbítrio e a violência política instaurada pelas ditaduras militares. Essa política de esquecimento parece ter sido muito eficaz, haja vista que se iniciou durante o próprio regime militar com o ocultamento dos assassinatos de presos políticos que eram

> divulgados como sendo 'suicídio', balas perdidas, atropelamentos ou assassinatos pelos próprios companheiros (ANSARA, 2012).

A política do esquecimento torna-se algo institucionalizado, pois é um recurso estatal que esconde as violências praticadas pelo Estado, normalizando situações e ignorando os atos praticados – apresentando a ideia de que eles nunca tivessem ocorridos (ANSARA, 2012).

O presente artigo surge enquanto contraponto à política do esquecimento, pois é uma produção que visa levantar o direito à memória, evidenciando os crimes ocorridos, pontuando que o Estado foi autor ou negligente de inúmeros assassinatos, torturas, desaparecimentos forçados, violências sexuais etc. contra camponeses e camponesas.

A política de esquecimento gera duas situações interligadas: o revisionismo e o negacionismo. Há uma releitura das graves violações de direitos humanos praticadas no período ditatorial, inclusive, com representantes do Poder Público no contexto de pretensa democracia que defendem o Golpe Militar e comemoram a sua atuação. Para além disso, há uma negação da realidade vivenciada entre 1964 e 1985, considerando que as graves violações de direitos humanos não ocorreram.

Percebe-se, portanto, que a anistia parcial, restrita e recíproca implementou uma política de esquecimento, propiciando a construção de um revisionismo e de um negacionismo. Em contraponto, o levantamento feito propicia um esboço da política da memória, trazendo os fatos documentados – visibilizando as violências praticadas contra os camponeses, contribuindo para impedir o esquecimento, o revisionismo e negacionismo. É o esforço necessário: retirar os casos escondidos e invisibilizados praticados no contexto ditatorial militar e colocar à vista, para que a sociedade conheça as atrocidades praticadas em tal período.

Dentre as experiências feitas no Brasil com o objetivo de resgatar a memória e a verdade do contexto ditatorial, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi um espaço importante para realizar o levantamento dos casos e gerar a discussão na sociedade. No entanto, o enfoque central foram as vítimas – que apareceram com nomes e rostos, mas é importante discutir o 'outro lado', que se manteve silente: quem foram os perpetradores das violências contra os camponeses? O que fazem hoje? Quais foram as famílias que se beneficiaram com as mortes e com os desaparecimentos? Tais famílias se mantêm no poder e na condução da produção agrícola em Goiás? Os líderes do agronegócio se

beneficiaram com a promoção da violência? Trazer esse olhar é central para pesquisas futuras, com o enfoque de compreender a questão agrária atual com os olhares no passado autoritário.

No primeiro momento do texto houve a apresentação de que a proposta de anistia vencedora, ao consagrar a política do esquecimento, é pautada na continuidade do projeto ditatorial. Isso significa dizer que há uma permanência das características centrais da questão agrária identificadas na Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) no tempo presente.

José de Souza Martins utilizou a categoria da militarização da questão agrária para afirmar a violência física, a violência do Executivo e a violência da Justiça. Tais categorias são encontradas quando se analisa os casos ocorridos em Goiás, levantados pela CNV, CCV e CPT/MST. Na maior parte dos casos há violência física, feita por grileiros ou policiais, que causam assassinatos, torturas e desaparecimentos. O Judiciário não questiona a grilagem de terras, determina despejos e fica inerte nos crimes contra camponeses. O Executivo, geralmente, atuava na promoção da violência com aliados. E essa situação de violência foi superada quando da questão agrária no contexto presente?

A situação em Goiás permanece com graves violações de direitos humanos no campo, para se ter uma ideia, no ano de 2017 houve cerca de 18 ocorrências de violências contra ocupações e posses da terra, com 34 famílias despejadas, quase trezentas ameaças de despejo, quase dez conflitos por terra - que abarcaram quase duas mil famílias-, 21 conflitos envolvendo a violência contra a pessoa (CANUTO, LUZ, ANDRADE, 2017). Ou seja, é um número expressivo que abarca a violência no campo. Existem, inclusive, alguns casos emblemáticos, como a pulverização de crianças e professores que estavam numa escola rural no município de Rio Verde, em 2013, e a criminalização, uma forma robusta e reformulada da violência (SAUER, 2010), do MST na lei de organização criminosa no município de Santa Helena, em 2016 (LOPES, 2020).

Outro projeto desenvolvido estrategicamente pela Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) foi a forma de desenvolvimento escolhida para o agro, analisada e reconhecida como "modernização conservadora", conforme pontuado por Guilherme Delgado (2012). Porque desenvolvia o setor industrial dos Complexos Agroindustriais, enquanto mantinha atávico e atrasado a parte de produção agrícola, buscando a manutenção da absorção de mão de obra barata e sem instrução e em forma sazonal que permitia ao patronato oligárquico o descompromisso com os direitos do trabalho e do controle protetor do Estado

(legislação) sobre os trabalhadores. Também manteve o sul sudeste mais desenvolvido, enquanto – com o acordo e cumplicidade das elites agrárias dessas regiões mantinha o norte e nordeste intencionalmente "atrasado" e subdesenvolvido, e de onde vinha toda a mão de obra barata e sem instrução que utilizavam (OLIVEIRA, 1977).

Diante da articulação combinada dos latifundiários com os industriais, desarrolhou-se então o que hoje conhecemos como agronegócio (antes conhecido como 'agrobusiness'), incentivado com recursos públicos diante dos créditos fundiários. Essa expansão para a industrialização da agricultura, financiada e incentivada pelos governos da ditadura, permitiu a consolidação de uma certa aura de "modernidade" e ampliação dos interesses como as elites gostam de chamar "para além da porteira". Esse novo processo como já comentado, também se articulou aos governos do PT dos quais as elites agrárias se tornaram aliadas. Não por acaso, o Estado brasileiro é desde a fundação da republica e até agora, ancorado nos interesses oriundos da propriedade da terra acordado aos interesses de umas poucas famílias oligárquicas que se sustentam em ações legais e ilegais que se expressam no agronegócio ou na representação política através da uma composição atualmente identificada como "bancada ruralista", a qual se soma aos interesses dos bancos, dos representantes evangélicos e aos milicianos que praticam formas de violência dentro e fora (paralela) do aparelho estatal, gerando em sua articulação o que hoje assistimos como necropoder (MBEMBE, 2018).

Uma outra discussão necessária envolve a temática da grilagem de terras. Em uma parte considerável das violências praticadas contra os camponeses aparece a figura do grileiro, ou seja, da pessoa que falsifica títulos públicos para apropriar, de forma indevida, da propriedade. Essas pessoas permaneceram nas terras? É importante fazer tal discussão, pois em 2015 foi publicada a lei estadual n° 18.826 que tem, dentre as suas ações, a possibilidade de regularização fundiária de áreas exploradas no Noroeste goiano, ou seja, a pessoa poderá ter o título do imóvel rural (FREITAS, PINTO NETO, 2016). Estaria, tal legislação, legalizando as terras griladas durante o período ditatorial?

Diante das conexões feitas percebe-se que uma anistia parcial, recíproca e restrita gera uma democracia frágil, pois há uma articulação das elites para se manterem no poder. A 'democracia' atual é reflexo do passado e da ausência de uma justiça de transição, pois há a perpetuação de uma política de esquecimento, que gera enquanto consequência o revisionismo e o negacionismo, continuando

com as práticas autoritárias – como, por exemplo, a hegemonia do agronegócio e os índices alarmantes de violência do campo.

Um dos reflexos da frágil democracia é a possibilidade de ruptura com atos constitucionais e normativos vigentes. Por exemplo, pensando de forma nacional, o Golpe Militar foi implementado para impedir as reformas de base propostas por João Goulart, dentre elas a reforma agrária, inclusive, com o apoio das elites agrárias. Já ao olharmos os casos narrados no tópico anterior, é possível perceber que, à nível local, um dos atos pós-golpe foi o cancelamento de títulos conquistados pelos trabalhadores rurais de Trombas e Formoso, a cassação do mandato da liderança José Porfírio, dentre inúmeras outras situações. É necessário compreender qual foi a relação e a articulação das elites locais para uma formulação nacional de uma ruptura com a ordem estabelecida.

A ausência de uma pauta que valorize a verdade e a memória dos subterfúgios legais contrários à democracia, praticados pelas elites para se manter no poder, é uma questão necessária, para evitar o perigo da repetição. Na verdade, o Brasil já passou, durante a pretensa democracia, por um Golpe Parlamentar, Militar, Midiático, Jurídico e Empresarial, em 2016, que gerou a queda da Presidenta Dilma Rousseff (PT/2011-2016) e a imposição de um projeto conservador e autoritário.

Diante dessas situações é que se faz necessária a proposta de uma justiça de transição ampla para o Brasil. A Organização das Nações Unidas (ONU), segundo Marcelo Torelly (2015, p. 146) conceitua:

> Justiça de Transição alude a um conjunto de processos e mecanismos, políticos e judiciais, mobilizados por sociedades em conflito ou pós-conflito para esclarecer e lidar com os legados de abusos em massa contra os direitos humanos, assegurando que os responsáveis prestem contas de seus atos, as vítimas sejam reparadas e novas violações impedidas.

Torelly (2015) afirma que a justiça de transição é um conjunto de políticas públicas e de um campo de investigação científica que se preocupa com as vítimas de conflitos, atuais ou do passado. Segundo o autor, há uma articulação de quatro dimensões fundamentais da temática da Justiça de Transição, quais são: a memória e a verdade, reparações, justiça e igualdade e reformas institucionais. No Brasil o debate sobre a justiça de transição precisa avançar para garantir o fortalecimento da democracia e para a superação das violências cotidianas, dentre elas, contra os camponeses.

5 Considerações Finais

O artigo discutiu sobre a transição política brasileira, analisando a passagem da Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) para a pretensa democracia. Ao discutir tal transição foi feito o resgate sobre a disputa em torno da luta pela anistia. De um lado movimentos populares que reivindicavam a democracia e uma anistia ampla, geral e irrestrita, com o objetivo de garantir que os militares retornassem para a vida civil. De outro lado, a proposta dos militares, reivindicando uma anistia restrita, recíproca e parcial, com o objetivo de traçar uma política do esquecimento e a continuidade de reformas concretizadas pelos militares. A proposta vencedora, traduzida pela lei de anistia, foi a dos militares, também identificada enquanto uma autoanistia. Tal legislação permanece em vigência e os perpetradores de graves violações de direitos humanos nunca foram punidos.

Tal situação gera a necessidade de discutir quais as implicações da autoanistia para o tempo presente. Dessa maneira, enquanto objeto de análise foi a identificação das violações de direitos humanos impostas aos camponeses no estado de Goiás, situando a localização dos municípios em que os crimes ocorreram e realizado uma breve descrição. Foi identificada a militarização da questão agrária, com o enfraquecimento da luta pela terra diante da imposição de violências, e a modernização do campo, unificando os latifundiários e os industriais na proposta do agronegócio. A identificação dos casos foi feita a partir de relatórios oriundos da Comissão Nacional da Verdade, da Comissão Camponesa da Verdade e da Comissão Pastoral da Terra. Foi perceptível que os casos atingiram as variadas regiões do estado e que houve a institucionalização de execuções, desaparecimentos forçados, torturas, dentre outros.

O trabalho realizou um trabalho exploratório para suscitar o debate para pesquisas futuras, com o intuito de formular políticas públicas. Destacam-se as seguintes sugestões: identificar os perpetradores de violências contra os camponeses, com o objetivo de saber se foram beneficiados com tal situação; verificar o motivo do relatório institucional, ou seja, o da CNV, relatar poucos casos quando se compara com o levantamento feito pela CCV e pela CPT/MST; descobrir se existem políticas de memória e de verdade nos territórios em que os camponeses resistiram e sofreram as violências.

Diante da síntese entre a reflexão da discussão em torno da anistia e a identificação das violências contra os camponeses é percebido a vigência da política do esquecimento, o que aponta a necessidade de trabalhos com o intuito

de garantir a memória e a verdade para a sociedade goiana. Verifica-se a continuidade de práticas autoritárias aos camponeses, tais como a imposição da violência e a preponderância do agronegócio, afinal, com a autoanistia não houve ruptura com as construções do período ditatorial. É percebido que a prática da violência e a articulação de golpes que rompem com as instituições vigentes são estratégias utilizadas pelas elites [com enfoque à agrária] para a implementação de seu projeto, no qual, destaca-se o surgimento e a preponderância do agronegócio frente à demanda da reforma agrária.

Diante desse contexto é necessário o apontamento da justiça de transição, com o intuito de fortalecer a democracia e de possibilitar a formulação de uma questão agrária com características diversas das atuais. A proposta da justiça de transição aparece com o objetivo de construção de uma ruptura com o projeto autoritário, antidemocrático e violento perpetuado pela Ditadura Civil-Militar Empresarial (1964-1985) e percebido no campo brasileiro. É necessária a construção de uma pauta que tensione a política do esquecimento, que dê visibilidade e questione as violências do passado com o intuito de evitar a sua repetição no presente e no futuro (SILVA FILHO, 2015), fortalecendo, portanto, a democracia e os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Andreza do Carmo. A impunidade dos perpetradores de violações de direitos humanos durante a ditadura militar no Brasil: uma análise da inércia do Estado em reverter a situação. *In* ALMEIDA, Eneá de Stutz e (org.). **Justiça de transição no Brasil –** apontamentos Curitiba: CRV, 2017.

ANSARA, Soraia. Políticas de memória x políticas de esquecimento: possibilidades de desconstrução da matriz colonial. *In* **Revista Psicologia** Política, vol. 12, n° 24, 2012.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal de 1988.**

BRASIL, República Federativa do. **Lei n° 12.528/2011.**

BRASIL, SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Eixo 6 – Direito à Memória e à Verdade. **Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH3).** Brasília: SDH/PR, 2010.

CANTON, Santiago. Leis de anistia. *In* REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia/Ministério da Justiça, 2011.

CANUTO, Antônio; LUZ, Cássia Regina da Silva; ANDRADE, Thiago Valentim Pinto (coord.). **Conflitos no campo – Brasil** 2017. Brasil: CPT Nacional, 2017.

Comissão Nacional da Verdade**. Relatório/Comissão Nacional da Verdade.** Brasília: CNV, 2014.

DECLARAÇÃO DO ENCONTRO UNITÁRIO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS E POVOS DO CAMPO, DAS ÁGUAS E DAS FLORESTAS, 2012.

DELGADO, Guilherme Costa. **Do 'capital financeiro na agricultura' à economia do agronegócio:** mudanças cíclicas em meio século (1965-2012). Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2012.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil:** ensaio de interpretação sociológica. 2ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

FREITAS, Cleuton César Ripol de; PINTO NETO, Geraldo Miranda; Regularização fundiária e política agrícola em Goiás: reflexões sobre a lei n° 18.826 de 2015 e a luta pela terra e território. *In* **Anais da Conferencia Internacional: 'Tierras y territórios em las Américas:** acaparamientos, resistencias y alternativas**'.** Bogotá, 2016.

GEDIEL, José Antônio P.; GORSDORF, Leandro; ESCRIVÃO FILHO, Antônio.; BELARMINO, Hugo; LIMA, Marcos J. F. Oliveira; ARAÚJO, Eduardo F. de; CAMPAGNARO, Yuri; MAGALHÃES, Andréa; MEDEIROS FILHO, João T. N. de;

MASO, Tchenna; PESSOA, Kamila B. A; BENÍCIO, Igor; LOPES, Virnélia; BARRETO, André. **Mapa territorial, temático e instrumental da assessoria jurídica e advocacia popular no Brasil.** Ministério da Justiça: Brasília/DF, 2011.

GRECO, Heloísa. Direito à memória, à verdade e à justiça: a luta pela anistia ampla, geral e irrestrita. *In* SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.** 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

KELH, Maria Rita. Violações de Direitos Humanos dos Camponeses. *In* BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014.

LENZ, Rodrigo. A participação de setores da sociedade civil na Ditadura Civil-Militar brasileira. *In* SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.** 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

LOPES, Vanessa Ferreira. **O processo de construção da criminalização do MST na lei de organizações criminosas:** um estudo de caso sobre os processos judiciais propostos contra o MST em Santa Helena de Goiás. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2020.

LORENZETTO, Bruno Menesses; KOZICKI, Katia. **O Poder Constituinte e a Justiça de Transição no Brasil.** Revista de Direito Público. Londrina, v. 10, n. 3, p. 9-30, set/dez.2015.

Martins, José de Souza. **A militarização da questão agrária no Brasil.** 2. ed. Editora Vozes, 1984.

MBEMBE, Achile. **Necropolítica.** 1. ed.São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MEDEIROS, Leonilde Sérvolo de. Dimensões políticas da violência no campo. *In* MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). **Introdução crítica ao direito agrário.** Brasília, Universidade de Brasília, Decanato de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 181-195.

MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA (MST). **Assassinatos no campo:** crime e impunidade 1964-1985. São Paulo, abril de 1986.

OLIVEIRA, Chico. **Elegia para uma re(li)gião:** SUDENE, Nordeste, planejamento e conflito de classes. 5. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

PINTO NETO, Geraldo Miranda; LIMA, Marília Freitas. Direito à memória e à verdade em Goiás: identificação das violações de direitos humanos a partir da Comissão acional da Verdade. *In* **Revista Culturas Jurídicas,** v. 7, n. 18, 2020.

PORTO, Cléia Anice de Mota; SAUER, Sérgio; VIANA, Gilney. **Comissão Camponesa da Verdade.** Relatório Final de Violação de Direitos no Campo. 1946 a 1988. Brasília, 2014.

Sauer, Sérgio. **Terra e modernidade:** a reinvenção do campo brasileiro. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Marcos teóricos da justiça de transição e os processos transicionais na América Latina. *In* SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.** 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

THOMPSON, E. P. **Senhores e Caçadores.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

TORELLY, Marcelo. Justiça de Transição – origens e conceito. *In* SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.** 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIN, Rafael. **Lawfare:** uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

ATIVIDADE LEGISLATIVA E POLÍTICA QUILOMBOLA: ruralistas e os projetos no congresso nacional entre 1988 a 2020

Bruno de Oliveira Rodrigues
Doutorando do Programa de Pós-Graduação de Sociologia e Direito
Estudante de pós-graduação stricto senso, Niterói, Brasil
brunorodr@gmail.com

Resumo: O presente texto tem como pretensão mapear e filiar a atividade legislativa que tramitou, desde a Constituição Federal de 1988, no Congresso Nacional com a pretensão de regular a questão quilombola. O foco aqui é identificar uma possível filiação ideológica aos projetos e a mobilização de articulação entre os parlamentares em projetos políticos e de poder específicos para a questão quilombola, com isso pretendemos vidraçar a luta dos blocos de poder que se apresentam no campo legiferante federal. Com isso, conseguimos determinar uma certa homogeneidade no campo do poder para a negação dos direitos étnicos-quilombolas pela "bancada ruralista" e, de outro lado, um campo progressista, com protagonismo de partidos de esquerda e centro-progressista.

Palavras-chave: Congresso Nacional; Projeto; Campos de poder; Quilombo;

Abstract: This text aims to map and affiliate the legislative activity that has been underway since the 1988 Brazilian Constitution in the National Congress with the intention of regulating the issue of "quilombola" (a term that designates the black population with an ex-slave origin). The objective here is to identify a possible ideological affiliation to the projects and the mobilization of the articulation between the parliamentarians in specific political and power projects for the "quilombola" issue, with this we intend to portray the struggle of the power blocks that are presented in the national law in Brazil. With this, we were able to determine a certain homogeneity in the field of power for the denial of ethnic-quilombola rights by the "ruralist bank" (linked to agribusiness) and, on the other hand, a progressive field, with the leading role of the left-wing and center-progressive parties.

Key words: National Congress; Draft; Fields of power; Quilombo;

INTRODUÇÃO

No presente texto pretendemos abordar a temática dos projetos legislativos que tramitaram ou ainda tramitam no Congresso Nacional e que concorrem para produzir marcos normativos para regular a questão do Direito Quilombola no Brasil[1].

Com isso, pretendemos definir o principal bloco de autores que se alinham para pressionar o Congresso Nacional e incorporar no ordenamento jurídico brasileiro uma percepção neoliberal, marcado por uma máscara liberal, mas que é verdadeiramente conservadora e que pretende dar tratamento ao projeto de proteção da cultura e da gestão das terras no Brasil.

Este escrito, portanto, é uma tentativa de organizar no tempo, entre a promulgação da constituição brasileira vigente (1988), até o presente (2020), os projetos legislativos que concorrem pela atenção do parlamento nos corredores do Congresso Nacional.

Em um primeiro momento apresentaremos as propostas submetidas ao apreço do Congresso Nacional em dois blocos, de um lado aquelas proposituras que tramitaram, ou ainda tramitam, mas que nunca lograram êxito em se consolidar e desenvolver a norma jurídica em sentido estrito, perfectibilizado pelo envio ao presidente, seguido de confirmação pela sanção e publicação em Diário Oficial. De outro lado, em ato sequencial, apresentaremos a tramitação daqueles projetos que ao cabo conseguiram consolidar-se e ser promovidos formalmente a lei em sentido estrito.

Com isso, o leitor verá que a nominação dos agentes políticos demandará um esforço de leitura dos blocos de poder que se apresentam, principalmente aquele que nos permitirá ler a "Bancada Ruralista" enquanto um proto-sujeito que se consolida e mobiliza forças e propostas no Congresso Nacional. Em

[1] Vale ressaltar que o esforço que aqui produziremos não se confunde com a intenção de explicação e detalhamento do próprio sistema normativo já vigente do Direito Quilombola no Brasil, pois este esforço já realizei no texto "Quilombo e os Direitos: analise da ADIn 3.239 e a luta por dizer o Direito" publicado na Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 5, n. 9, 2017. De outro lado, também não é a intenção mapear sobre o esforço dos movimentos sociais para o aparecimento da questão quilombola na grade normativa brasileira, este esforço também já realizei no texto "Movimento Negro e a pauta quilombola no Constituinte: ação, estratégia e repertório", o qual se encontra publicado na Revista Práxis e Direito, v. 10, n. 1, de 2019.

apresentando o perfil deste sujeito político maximizado, podemos correlacionar os projetos de lei que tramitam ou tramitaram nas casas legiferantes federais na capital brasileira. Creiamos que, com isso, possamos entender e esclarecer os contornos da própria redação e propositura que preenche de moralidade e posição os adereços normativos lá em processo de fabricação.

A teia de sentidos que aqui formulamos pretende, para tanto, passar pela contextualização da questão quilombola no Brasil, sem, contudo, ser o objetivo primordial, sequenciado ainda por um esforço explicativo do desenho daquilo que se convencionou chamar de Bancada Ruralista para, ao cabo, apresentar os projetos de leis que tramitaram no Congresso Nacional entre os anos de 1988 e 2020.

Uma advertência que é apresentada desde o início ao leitor é que o presente artigo não tem como objetivo fazer a exegese do direito quilombola no sistema jurídico, tampouco aprofundar em teoria antropológica para discutir identidade e cultura. Este estudo detém foco na identificação dos atores e na disputa pelo dizer o direito nos corredores do Congresso Nacional. Tampouco é um estudo com rigor epistemológico da Ciência Política, pois não busca travar discussões sobre o campo político no que concerne a demarcação epistemológica de Direita/Esquerda/Centro ou outras categorias.

O objetivo primordial aqui, e é o que é a maior novidade deste artigo, é individualizar as dinâmicas e projetos legislativos que são e foram negociados no Congresso Nacional para regulamentar a questão quilombola no Brasil. Com isso, apresentamos um mapa que se presta como fonte de pesquisa para o avanço de outros estudos no campo da temática quilombola no Brasil.

1. A QUESTÃO QUILOMBOLA NO BRASIL

Considerando, inicialmente, em termos gerais, os quilombolas enquanto comunidades negras rurais (o que se amplia no tempo e incorpora as categorias de quilombo urbano também), que forjaram identidades étnicas coletivas, com vinculação ancestral e histórica a um passado de opressão, expulsão de seus territórios e de negação de respeito, de reconhecimento, de direitos e, até mesmo, de cidadania.

A gestão de seus destinos e a luta por este reconhecimento enquanto sujeito portador de direitos é fenômenos sociais latente e pulsa nas múltiplas

organizações e movimentos que emergem e se consolidam em torno da questão. Estes considerados enquanto processos de luta e resistência, com uma demanda bastante clara que se inicia pela concessão de sua terra enquanto condição do existir e condição para reconhecimento e expansão dos direitos e da dignidade.

Àquilo que chamamos de "questão quilombola" no Brasil foi posta na pauta da Assembleia Nacional Constituinte pelo Movimento Negro que, de acordo com Eliane Cantarino, Sidnei Peres, Alfredo Wagner, João Pacheco, José Maurício Arruti, entre outros, foram absorvidas como pauta *ad hoc*, principalmente porque a questão ligada ao que hoje chamamos de "quilombolas" estava associada ao movimento campesino (comunidades rurais negras ou campesinato negro rural) e passava longe das pautas de prioridade do Movimento Negro. A preocupação primordial do Movimento Campesino na constituinte era pela reforma agrária, razão a qual a pauta "escanteada" pelo Movimento Campesino naquele momento e foi absorvida pelo Movimento Negro estrategicamente.

Com isto, incorporou-se o direito à terra as comunidades quilombolas na Constituição, inaugurando aí a "questão quilombola", e quando falamos disto não quer dizer que os quilombos nasceram naquele momento, mas tão somente que o feito tratou de incorporar as comunidades quilombolas na agenda do Estado e das políticas públicas, pelo menos enquanto promessa.

A categoria "quilombo", escolhida pelo constituinte inaugurou um espaço de disputa, pois diversas comunidades que nem mesmo se designavam como "quilombos", mas também como terra de santo, bairro de negros, terra de santíssimo, mocambo e outros, como diz Alfredo Wagner (2004, 2011). Contudo, estas entenderam que este signo correlato e aproximativo que serviria como instrumento de luta por reconhecimento jurídico, criando a possibilidade de acessar a terra e garantir a sua própria existência: "A identidade quilombola, até então um corpo estranho para estas comunidades rurais negras, passa a significar uma complexa arma nesta batalha desigual pela sobrevivência material e simbólica" (SCHIMITI, TURATTI, CARVALHO, 2002, p. 5).

Assim, a estampa "quilombo" tornou-se objeto de disputa pelo poder de nomeação e significação, principalmente pelos antropólogos e juristas. Ordinariamente os primeiros em um processo de ressignificação e ampliação das margens de significado, enquanto, os segundos pelo fechamento terminológico, buscando no próprio Direito um conjunto de signos que mantivessem a segurança jurídica da propriedade, remetendo significação aos sentidos registrados na consulta pretérita de 1740 do monarca Português ao Conselho Ultramarino,

frigorificando um conceito no passado e sem relação com o presente das comunidades negras rurais.

O efeito prático foi que se multiplicaram os agentes sociais demandantes dos efeitos e repercussões jurídicas que a configuração quilombola desencadeava, inicialmente o direito à terra e, na sequência, todas as políticas que foram formuladas a partir destes atores sociais.

A constituição consolidou a questão quilombola no art. 68 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal. Contudo, a legislação infraconstitucional passou por um vácuo de marco regulatório até 2001, quando o então presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) editou regulamentação ignorando todo a debate em voga (decreto executivo 3.912), o qual vigorou até 2003, quando o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) editou o decreto 4.887, que está vigente até o presente.

O vácuo de regulamentação de 1988 a 2001 não impediu que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agraria (INCRA) e depois a Fundação Cultural Palmares (FCP) encontrassem formas de aplicar o comando constitucional, começando processos de reconhecimento dos territórios quilombolas e, ainda, emitissem documentos de título para as comunidades, sem quaisquer garantias de efetividade. O fato acirrou o conflito com os latifundiários e setores conservadores, razão a qual o FHC editou o decreto supramencionado, buscando barrar o ativismo da FCP.

O cenário atual é um contexto de mais de 4.000 identidades quilombolas no Brasil já mapeadas, das quais o INCRA contabiliza 1.749 processos de titulação em aberto e que, efetivamente, somente 127 comunidades receberam títulos até então por este órgão. Os dados aumentam para 206 títulos entregues quando se somam os títulos conferidos pelos órgãos estaduais, todos no período entre 1988 a 2018 (último levantamento atualizado). De acordo com dados extraídos do site da FCP, já foram identificadas mais de 3.200 comunidades quilombolas, tendo certificado 2.800. Fica claro que há uma massa de comunidades e uma enorme população que foi abandonada pelo Estado, o qual lhes reconhece a identidade, mas nada faz para viabilizar serviços e recursos que lhes permitam ascender à dignidade. Estes permanecem existindo somente porque da própria existência é difícil abrir mão, assim continuam a sobreviver na e da criatividade do seu fazer/viver, que é marca da resistência dessa classe de atores sociais no Brasil.

Há uma crescente demanda de direitos pelas minorias e, como destaca Knnen, não há instituições legais ou governamentais para que todos reclamem seus direitos e, com isto, a ideia de responsabilidade social passa a ser uma categoria que tem a ver com relações sociais, práticas e éticas, não penetrando enquanto categoria jurídica no universo epistemológico do Direito (2013).

Falando como os economistas, frente a demanda por direitos, estamos preparados para cria-los, e do melhor (ROULAND, 2008, p. 21)!!! Fabricamos diversas declarações sem que se articule quaisquer esforços para implementa-las, disse Knnen (2013, p. 3), enquanto isso, Homi Bahbah ressalta que a história nos apresentou o "nunca mais" ao holocausto, ao escravismo, a colonização, a migração e aos trabalhadores sem terra, contudo, ao mesmo tempo essa mesma memória dizia "no cuenten comigo para hacer lo correcto" (2013, p. 188).

Isto fica bastante nítido quando analisamos sob a ótica orçamentária, onde depois de criar um sistema bastante amplo e extensivo de proteção a identidade quilombola, simplesmente esvaziamos os cofres daqueles que devem coloca-las em prática, assim, "conte comigo para fabricar direitos, mas não para empenhar o dinheiro público para atingir o objetivo da lei que criamos".

Em um breve panorama, o INCRA recebeu do orçamento federal, em 2010, o valor de R$ 32 milhões para os processos de titulação quilombola, o qual chegou a 52 milhões em 2012, depois foi reduzindo paulatinamente, voltando ao patamar de 30 milhões em 2014, 18 milhões em 2015, até os 3.4 milhões em 2019.

Esse esvaziamento dos cofres tem a mesma extensão do vazio compromisso do Estado brasileiro com a proteção, garantia e reconhecimento das identidades étnicas que, em 2019 orçou R$ 446 milhões para auxílio-moradia para juízes no Brasil, vinte e seis vezes maior que a quantia para garantir o direito das comunidades quilombolas. Ao mesmo tempo, no Programa Enfrentamento ao Racismo e Promoção da Igualdade Racial, em 2016 foram contingenciados 60% dos valores em relação a anos anteriores, em 2018 nenhum novo recurso foi alocado e, no governo Bolsonaro o contingenciamento chegou a 100% (INESC, 2019).

A questão quilombola têm, no Brasil, enquanto principal adversário o agronegócio (em sentido expandido), como afirmou Alfredo Wagner em conferência na Conferência 4 da ANPOCS em 2016. Este antagonismo é algo latente, como canalização dos inúmeros conflitos pela terra em todo o Brasil, tanto é que o antigo PFL, hoje Democratas (DEM), moveu uma Ação Direta de

Inconstitucionalidade, de número 3.239, em 2004, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), buscando macular todo o marco regulatório infraconstitucional que regula a titulação dos territórios quilombolas no Brasil. Este processo encontrou fim somente em 2018, com a confirmação da constitucionalidade do decreto 4.887 pela corte suprema. Contudo, isso não significa que a luta quilombola venceu, mas tão só que se garantiu a manutenção dos instrumentos legais na luta.

Por outro lado, desde o golpe de 2016, as condições de luta dos quilombolas foram paulatinamente esvaziadas de outro lado, primeiro pela redução seguida de orçamento pelo governo do próprio governo do PT, depois do Temer, chegando até o esvaziamento total dos mecanismos institucionais com o governo Bolsonaro. Este último milita ferozmente contrário as minorias, tendo manifestado publicamente que as minorias devem se adequar as maiorias e que o Estado deve ser exclusivamente para garantia e proteção das maiorias. Exemplo disto é a manifestação presidencial: "Eu fui num quilombo. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada. Eu acho que nem para procriador ele serve mais. Mais de R$ 1 bilhão por ano é gasto com eles"

2. A PRODUÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL

Pretendemos neste tópico somente destacar as propostas e projetos que pretenderam regular a questão dos direitos quilombolas no Brasil e que tramitaram no Congresso Nacional desde a vigência da Constituição Federal de 1988. O foco aqui é analisar o perfil dos projetos e filiá-los aos grupos de interesse que se articulam.

Neste item serão tratadas as propostas que tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional e que não tiveram (ainda) desfecho ou consolidação em norma jurídica, ou seja, nenhuma dessas tornou-se ato normativo vigente, portanto, sem aplicabilidade nenhuma.

Indicamos, desde logo, que aqueles projetos que culminaram em sanção presidencial e foram publicados em Diário Oficial, tornando-se em lei no sentido formal são tratados em item apartado no próximo item deste texto. Ainda vale destacar que grande parte dos atos normativos que regulam a questão quilombola no Brasil estão em âmbito administrativo ou são atos regulamentares de origem no executivo, assim, não compõem o eixo analítico proposto aqui, pois tem suas articulações e tramitações fora do Congresso Nacional.

Dito isto, vale ressaltar que o marco legislativo sempre foi, nas questões que envolvem a demarcação e reconhecimento de território étnico no Brasil, alvo de disputas de diversos setores políticos, tanto na questão indígena, quanto quilombola, os seus maiores opositores são sempre os ruralistas, como já se comentou anteriormente. Os olhos dos leitores devem então estar direcionados aos atores políticos e a posição que ocupam nos contextos, pois é o eixo nodal da análise declinada na sequência.

Em 2017, o "De olho nos ruralistas: Observatório do Agronegócio no Brasil", publicou reportagem de que há, pelo menos, 25 projetos de leis ou de outros tipos de atos normativos que tramitam no Congresso Nacional e que tem objetivo direto atacar os direitos dos povos indígenas e quilombolas. O feito indica uma mobilização organizada de um setor que tem objetivos bastante demarcados e que mobiliza o Congresso Nacional para atingi-los.

Na questão indígena, muito mais lastreada normativamente e com quantidade de projetos de leis em tramitação, a última guinada legislativa restringiu a dimensão dos direitos indígenas, pois o decreto 22/91 havia trazido avanços em relação a seus predecessores, pois devolveu a competência da regulamentação do território indígena a FUNAI e fixou a coordenação dos grupos de identificação ao antropólogo (ROCHA, 2009,).

O decreto executivo 1.775/96, que revogou o decreto 22/91, foi sancionado pelo então presidente FHC e trouxe, em verdade, maior morosidade ao procedimento de demarcação, pois permitiu o contraditório em qualquer etapa do procedimento de identificação, conforme art. 8º do referido decreto. A ideia anunciada de que tal instrumento de contestação administrativa iria diminuir a judicialização dos processos de identificação não se concretizou, mas, pelo contrário, prolongou os procedimentos em curso, aumentando o nível dos conflitos locais e de recursos judiciais (ROCHA, 2009, p. 42).

O correspondente ao marco legal indígena no direito quilombola é o decreto 3.912/01, que é contemporâneo decreto 1.775/96, ambos "filhos" do FHC, e detém familiaridades aproximativas, pois são extremamente lacunosos e restritivos aos direitos dos grupos étnicos, não delimitando direitos e só indicando genericamente um direito esvaziado de sujeitos, de materialidade e de procedimentos concretos. Ambos os instrumentos normativos visaram à paralisação dos processos de regulação território étnico e buscavam a redução do tamanho das terras a serem tituladas no país.

A diferença entre estes é que, no caso quilombola, o decreto 4.887/03 do PT substituiu o decreto do PSDB, ampliando sua modulação e detalhando de forma mais minuciosa os direitos a partir de um marco progressista – no caso indígena foi inverso, perdurou uma dimensão restritiva e de negação formal e jurídica de direitos.

A nossa pretensão é detalhar estes com foco exclusivo na questão quilombola, embora se saiba que uma massa de projetos que visam desarticular a questão indígena "respingue" diretamente na questão quilombola.

Na sequencia pretendemos mostrar o movimento legislativo no Congresso Nacional, focando nas legendas vinculada as proposições e seus conteúdos, pois explicitamente pode-se constatar a mobilização da tecnologia legislativa progressista encabeçadas pelo PT, contraposta a outra restritiva e conservadora dos parlamentares que circulam pelos partidos que consideramos conservadores ou de direita[2].

Nesse esforço, o paradigma indiciário de Carlo Gizburg nos instrumentaliza com um olhar das minúcias, das nuanças e dos detalhes, devemos olhar por trás dos textos, pois eles foram produzidos no tempo e no espaço, enredados em malhas sociais e teias de significados que estão mergulhados em interesses, articulações e pretensões (1987, 1989, 1991, 2012). Mais explicitamente ainda no nosso caso aqui, onde o Congresso Nacional é, por excelência, um espaço de transito e negociação da política.

Como ponto de partida, podemos dizer que antes da Constituição de 1988 o movimento legislativo com foco na questão quilombola é quase que inexistente. No arquivo virtual dos projetos de atos normativos do Congresso Nacional somente verificamos o PL 4733 de 1984, com autoria do Deputado Freitas Nobre, filiado naquela época ao PMDB/SP, com fito de tornar o Quilombo dos Palmares patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o que acabou arquivado em 1987.

Contudo, a partir da década de 90, constata-se um movimento legislativo intenso no que se refere a temática quilombola, e é onde se começa a desenhar a articulação da bancada ruralista na questão quilombola. A base da articulação progressista para a proteção dos quilombos é encabeçada pelo PT, depois entra

[2] A diferenciação esquerda/direita não funciona no Brasil como posição clara de demarcação, principalmente pela transição dos atores por uma posição de centro que transita pelos dois lados ou que conjuga ideais contraditórios, sem muita explicação de base racional.

no cenário o PV e PSOL, e, ainda muito timidamente, a REDE e SD. De outro lado, alinham-se aqueles partidos conservadores e de direita, como dissemos, que podemos citar o DEM, PSDB, PPS, PR, PP, PTB e PMDB. Vale destacar a peculiaridade do PMDB, hoje MDB, que pela sua heterogeneidade de composição, que transita da extrema direita até um centro-progressista.

Começando o ano de 1988, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a Dep. Benedita da Silva do PT/RJ, apresentou o PL 718, que tinha como objetivo institucionalizar pesquisas para produzir uma historiografia sobre as massas escravizadas, fuga de escravo e crise da escravidão no Brasil. O projeto não tramitou e a autora retirou em 1993.

Depois disso, a atuação e disputa da questão quilombola efetivamente pretendeu disputar espaço no parlamento a partir de 1995, com o impulso da então Sen. Benedita da Silva do PT/RS, que apresentou o PL 129, o qual pretendia criar marco legal para a questão quilombola no Brasil, seu conteúdo é organizado de forma muito aproximada ao decreto 4.887/03, convalidando a sua regulamentação. Este projeto deteve parecer positivo na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) pelo então Senador Geraldo Cândido (PT/RJ). Contudo, depois de aprovado nas duas casas, o projeto foi vetado integralmente pelo FHC em 2002, sob alegação de que seria totalmente inconstitucional. Registre-se que o Congresso Nacional não resistiu ao veto.

Após temos a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 190 do ano de 2000, de autoria do então Sen. Lúcio Alcântara do PSDB/CE, o qual pretendia incorporar as disposições do art. 68º do ADCT no corpo permanente da Constituição, justificando essa alteração dizendo que o direito das comunidades quilombolas de acesso à terra deveria estar no texto da Constituição próximo ao capitulo que dispões sobre direitos territoriais indígenas, estaria então criado o art. 232-A[3]. Aqui temos uma máscara progressiva em um esforço conservador, pois na transcrição do artigo 68 do ADCT se adiciona ingenuamente o "por lei", que em termos práticos anularia, naquele tempo, o decreto executivo do FHC que, por óbvio, é ato normativo regulamentar e de origem do Poder Executivo e, portanto, não se confunde com lei. A proposta obteve parecer positivo do Dep. Osmar Serraglio do PMDB/PR na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

[3] Art. 232-A. É reconhecido aos remanescentes dos quilombos o direito de propriedade definitiva sobre as terras que ocupam, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos, **na forma da lei**, bem como proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (**grifo nosso**).

(CCJC) e, em 2009, foi criada uma comissão especial para analisar a matéria, onde lá continua adormecido até o presente. Se fosse hoje aprovado, de forma inversa, reforçaria o decreto 4.887 do Lula.

O ano de 2003 foi marcado por um movimento normativo que culminou na edição do decreto vigente 4.887, razão a qual diversos movimentos parlamentares relativos a projetos de leis ficaram silenciados nesse período, aguardando a consolidação e formulação do referido decreto. Em 2003, através do decreto executivo sem número, de 13 de maio de 2003, também do Presidente Lula, foi constituído e articulado Grupo de Trabalho Interministerial para rever as disposições do decreto executivo 3.912/01, o qual teve participação da Casa Civil, da Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e outros ministérios, além da Advocacia-Geral da União e representantes de comunidades quilombolas.

Nesse sentido, o texto do decreto 4.887/03 foi resultado da articulação deste grupo que, consultando diversos setores da sociedade, tais como, especialistas em Direito Agrário, pesquisadores, associações quilombolas, ministérios, procuradorias e lideranças do movimento negro, confeccionaram o texto do decreto. Os setores mais progressistas consideraram o decreto 4.887/03, à época, como uma inovação progressista da tecnologia jurídica, vez que emergiu das bordas de uma ordem jurídica hegemônica, recompondo o direito à voz de setores marginalizados, plantando, dentro da organização do sistema-direito, o grito quilombola (LEITE, 2010).

Depois da edição e vigência do decreto 4.887/03, o movimento do Congresso Nacional reapareceu enquanto cenário de disputa em torno dos direitos culturais.

Mais adiante temos a PEC 161 em 2007, de autoria do Dep. Celso Maldaner do PMDB/SC, que tem como teor claramente obstar a regulamentação dos direitos étnicos via decretos, portarias, instruções normativas, despachos e decisões. O foco era mudar a redação dos artigos constitucionais 225 e 231, no art. 225, inciso III, da CF, pretendia que somente lei poderia criar espaços de preservação ambiental e, de outro lado, mudava também o artigo 231º, §4º, onde determinava que as terras deveriam ser demarcadas por lei e, ainda, alterava o artigo 68º do ADCT, também incorporando o signo textual "por lei" no que se refere à emissão dos títulos. Sobre isto a Comissão de Constituição e Justiça deu parecer positivo nos termos do relator Dep. Moreira Mendes do PPS/RO e outro parecer, em separado, desfavorável pelo relator Dep. Luiz Couto do PT/PB. A

proposta foi retirada pelo seu autor, mas poderá ser reapresentada a qualquer momento.

Na sequencia temos o Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo (PDC) 44 de 2007, de autoria do Dep. Valdir Colatto do PMDB/SC, e tem como objetivo sustar os efeitos do decreto executivo 4.887/03. O projeto teve parecer contrário na CCJC pela relatora Dep. Iriny Lopes do PT/ES, mas teve parecer positivo do Dep. Eduardo Sciarra do DEM/PR na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR), então o projeto foi encaminhado para CCJC, mas foi retirado pelo seu autor.

Temos ainda o PDC 326 em 2007, de também de autoria do Dep. Valdir Colatto do PMDB/SC. Este buscava também sustar os efeitos do decreto executivo 4.883/03, devolvendo a competência da titulação a FCP, ressaltando que só lei poderia mudar competência de um órgão do Estado, pois somente lei poderia mudar outra lei. Este PDC não foi analisado em nenhuma esfera, foi duas vezes arquivado, situação a qual se encontra hoje.

Em nova proposição, o Dep. Valdir Colatto apresentou em 2008 o PL 3.654, que tinha como objetivo regular o 68 do ADCT/CF, em um nítido movimento de substituição do decreto 4.887/03. Textualmente são somente oito artigos, onde se remove o critério de autodeterminação, torna o direito quilombola individual e não coletivo, proíbe a possibilidade de desapropriação e revive a ideia de que o território a ser titulado deve ser aquele efetivamente ocupado e não necessário para sobrevivência ou quaisquer tipos de reprodução. Ainda registra que o artigo 68 do ADCT não seria autoaplicável, ou seja, dependeria de legislação para regulamentação. Este projeto encontra-se arquivado pela mesa diretora, mas que pode ser reapresentado a qualquer momento.

Em 12/07/2011, o Dep. Valdir Colatto do PMDB/SC, mantêm seu protagonismo da resistência ruralista aos direitos quilombolas, apresentou o PL 1836, a qual pretende regulamentar art. 68 do ADCT que reconhece aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando. O projeto tem oito artigos que, basicamente indica a necessidade do beneficiário (quilombola) comprovar sua condição de remanescente, que as terras estejam em áreas situadas na zona rural, que esteva efetivamente ocupada pelo requerente, sendo ainda vedada a concessão de terra a pessoa jurídica (busca de evitar titulação à Comunidade e atribui-la enquanto direito individual), de outro lado, se traveste de indicações de garantia e proteção

a identidade quilombola, dando prioridade na política agrária. Com isso se modula o direito, mas esvazia os sujeitos destinatários. Este projeto recebeu parecer do relator Dep. Josué Bengtson do PTB/PA, em 11/10/2011, na CAPADR, indicando a aprovação. Depois, tramitou pela Comissão de Direitos Humanos, tendo parecer em 26/03/2014 do relator Dep. Henrique Afonso do PV/AC, indicando sua rejeição. Atualmente o projeto encontra-se arquivado.

O Dep. Vicentinho do PT/SP apresentou o PL 3452 em 14/03/2012. Assim como o PL 1836/2011 do Dep. Valdir Colatto, pretendia regular também o art. 68 do ADCT e, ainda, também com somente 8 artigos. Contudo, a proposta do projeto do PT detém inclinação política diametralmente oposta, pois tinha um sentido de apresentar concorrência de projeto político para a mesma matéria ao Congresso Nacional. Este projeto tinha como fundamentação básica lastrear o Decreto 4.887/03, naquele momento questionado sua constitucionalidade por falta de base legal. Então, primordialmente dispõe sobre o reconhecimento e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, estabelecendo a noção de quilombo compatível a vigente no decreto 4887 e, ainda, legitimando todo seu teor. Ele tramitou pela CAPADR em 05/11/2012, recebendo parecer do Relator Dep. Valdir Colatto do PMDB/SC, que indicou rejeição. Contudo, o Dep. Bohn Gass do PT/RS apresentou seu voto em apartado pela aprovação. Após tramitou pela CDHM, tendo recebido parecer do relator Dep. Otoniel Lima do PRB/SP, em 26/02/2014, pela sua aprovação. Depois disso o PL foi arquivado e desarquivado, está então na mesa diretora aguardando andamento.

Percebesse os projetos políticos antagônicos que o PT e o PMDB apresentam para a questão quilombola, já que no mesmo período 2011-2012 ambos apresentaram projetos diametralmente opostos e concorrentes no Congresso Nacional e, além disso, o projeto do PT teve como relator do pmdebista Valdir Colatto que é o autor do projeto concorrente. Outrossim, ambos projetos receberam pareceres positivos dos aliados do campo e negativos dos opositores. Outro elemento que se constata nesse cenário é o perfil eminentemente conservador da CAPADR e o caráter progressista da CDHM nesse período. Embora essas configurações se alterem pela mudança das legislaturas e divisão dos cargos e do poder no interior do Congresso Nacional.

Ainda em 2012, o Dep. Amauri Teixeira do PT/BA, juntamente com a Dep. Benedita da Silva do PT/RJ, com a Dep. Janete Rocha Pietá do PT/SP, com o Dep. Luiz Alberto do PT/BA, o Dep. Vicentinho do PT/SP e o Dep. Edson

Santos do PT/RJ, apresentaram o PL 4620, o qual buscava alterar o art. 49 da Lei nº 8.171/91, com o objetivo expressamente como beneficiários de crédito rural as comunidades quilombolas, ribeirinhas e quebradoras de coco babaçu, atingidos por barragens e assentados da reforma agrária. O projeto recebeu parecer na CDHM, em 04/08/2014, do Relator Dep. Luiz Couto (PT-PB), o qual indicou sua aprovação. Após, o projeto tramitou para a CAPADR, tendo recebido, em 05/07/2015, parecer do Relator Dep. Luiz Nishimori (PR-PR), indicando sua integral rejeição. Depois este seguido para a Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, tendo recebido parecer do relator Dep. Chico Alencar (PSOL-RJ), em 25/04/2018, indicando sua aprovação, contudo, antes da votação, o Dep. Chico Alencar deixou a legislatura, tendo sido designado enquanto relator o Dep. Reinhold Stephanes Junior do PSD/PR, que afirmou sua constitucionalidade e indicou sua aprovação. O PL se encontra ainda na CCJC, mas foi retirado de pauta por acordo, fica aguardando reingressar na pauta para andamento. Vale ressaltar que este projeto tramita a oito anos no Congresso Nacional, tendo sido arquivo por quatro vezes, sendo que a última vez foi em 02/2019, onde tramitou até 10/2019, depois disso permanece sem andamento.

Em 02/2015, a então Dep. Benedita da Silva do PT/RJ, apresentou o PL 124, com idêntica matéria do PL 4620, a qual também era autora. Com isso a mesma apresentou pedido de retirada do PL, o qual foi acatado em 03/2015 pela mesa diretora.

O Dep. Luis Carlos Heinze do PP/RS, apresentou, em 10/2015, o PDC de número 240. Este projeto pretende sustar os efeitos da Portaria nº 531/2015 do INCRA que "declara como terras da Comunidade Remanescente de Quilombo Mormaça" no Município de Sertão no Estado do Rio Grande do Sul. O PL tramita inicialmente na CAPADR, e recebe em 05/2016 parecer do Relator Dep. Onyx Lorenzoni do DEM/RS, o qual indica sua aprovação. Contudo, o Dep. Marcon do PT-RS apresenta voto em apartado, registrando sua indicação pela rejeição, depois, ainda na CAPADR, tendo em vista a redesignação da relatoria, o agora relator Dep. Josué Bengtson do PTB-PA, opina em 05/2017 pela aprovação. Atualmente este PDC se encontra arquivado.

O Dep. Aureo Lídio do partido Solidariedade do RJ, apresentou em 09/2017 o PL 8660, o qual pretende aumentar o limite dos recursos para aquisição de alimentos oriundos da agricultura familiar, das comunidades de quilombo e dos grupos indígenas. Este projeto encontrar-se na Comissão de Educação e nunca recebeu qualquer outro movimento ou tramitação.

Em 06/2017, o PDC 684 foi submetido pela ela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), e visava a suspensão do Decreto 4.887/03 até que se investigue fatos irregulares relativos à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e ao INCRA. Este PDC é assinado na CPI pelo Dep. Alceu Moreira do PMDB/RS, tramita pela CCJC, tendo como relator o mesmo deputado, que indica sua aprovação. Depois disso, por inércia na tramitação foi arquivado e, na sequência, foi desarquivado, mas sem tramitação desde fevereiro de 2019.

Em 06/2018, o Dep. Chico Alencar do PSOL do RJ apresentou o PDC 965, que visava sustar os efeitos da resolução nº 12/2018 do Conselho Diretor do INCRA, a qual reduzia 82,3% o território quilombola de Mesquita em Goiás. Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, o PDC recebeu parecer da relatora Dep. Erika Kokay do PT/DF, que inclinou sua recomendação de aprovação. Este ainda está na mesma comissão, pois ainda não foi apreciado pela mesma, tendo sido retirado de pauta e sem data para apreciação, onde aguarda andamento.

Um bloco de Deputados do PSOL, compostos por Fernanda Melchionna do Rio Grande do Sul, Edmilson Rodrigues do Pará, David Miranda, Marcelo Freixo e Glauber Braga do Rio de Janeiro, Sâmia Bomfim, Ivan Valente e Luiza Erundina de São Paulo, apresentaram, em 03/2020, o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) de número 83, que busca sustar os efeitos da Portaria nº 45 do FCP, que acabou por extinguir o Comitê Gestor do Parque Memorial Quilombo dos Palmares, a Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial, o Comitê de Governança, o Comitê de Dados Abertos, a Comissão Gestora do Plano de Gestão de Logística Sustentável, a Comissão Especial de Inventário e de Desfazimento de Bens e o Comitê de Segurança da Informação. Atualmente este PDL encontra-se na Coordenação de Comissões Permanentes (CCP), aguardando ser encaminhado para análise da Comissão de Cultura e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O PSOL, em 04/2020, apresentou RIC (Requisição de Informação) de número 335/2020, apresentado pela Dep. Talíria Petrone do PSOL/RJ, pela Dep. Fernanda Melchionna do PSOL/RS, pelo Dep. David Miranda do PSOL/RJ, pela Dep. Luiza Erundina do PSOL/SP e pelo Dep. Ivan Valente do PSOL/SP. Esta requisição foi direcionada ao Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, General Augusto Heleno, pretendendo ter informações acerca da expulsão de comunidades quilombolas de Alcântara registradas na Resolução nº 11 de 20 de março de 2020. O RIC recebeu parecer

positivo pelo relator Dep. Marcos Pereira (REPUBLIC-SP), assim, foi remetido ao Ministro Chefe do Gabinete Institucional da PR, o qual aguarda resposta.

Recentemente tramita ainda o PL 1.142, apresentado em 03/2020 por vinte e quatro deputados na Câmara dos Deputados, e tem dentro das diversas pretensões de assistência as comunidades étnicas no Brasil, apresentando um Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 em sentido ampliado, atingindo tanto as comunidades quilombolas, como indígenas e comunidades tradicionais, destinando recursos próprios para este fim. A composição dos vinte e quatro proponentes equaliza a partir de dezesseis deputados ligados a legenda do PT, quatro ao PSOL, dois ao PSB, um ao PC do B e, ainda e destoando da linha, a Professora Dorinha Seabra Rezende do DEM de Tocantins. Este projeto demanda ainda apreciação do Senado, aguardando, portanto, votação nessa casa.

Numa leitura atenta aos movimentos supramencionados, percebe-se que o campo progressista na questão quilombola é majoritariamente articulado pelo PT e, mais recentemente, pelo PSOL, eventualmente se visualiza alguma outra sigla como o PV ou o SD, contudo, na condição de coadjuvante, reforçando a pauta progressista. Esta guinada progressista é sempre na busca de reforçar os critérios já eleitos e em vigor pelo decreto 4.887/03. Nesse bloco, é Benedita da Silva, com autoria de três das cinco proposituras do PT, enquanto que os projetos do PSOL data de 2018 a 2020, assim como o projeto do SD. O PSOL e o SD submetem temáticas correlatas que influenciam na questão do direito quilombola, mas não tem como teor uma luta focal e continuada.

De outro lado, o PMDB, PP e PSDB protagonizaram a inclinação conservadora da bancada ruralista no Congresso Nacional e, sem dúvida, o Dep. Valdir Colatto foi um dos maiores protagonistas, com cinco proposituras entre 2007 e 2011 e, ainda, autor de duas relatorias com parecer negativo em relação aos projetos dos adversários. Em núcleo, os projetos de Valdir Colatto têm como objetivo a reprimenda ao direito quilombola por múltiplas estratégias.

5. DOS PROJETOS QUE VIRARAM LEI

No item anterior tratamos do conjunto de proposituras que tramitam no Congresso Nacional desde 1988 sem desfecho, já neste fragmento, buscaremos tratar dos projetos que lograram êxito em se consolidar em legislação, portanto materializaram em atos normativos e ingressaram no sistema jurídico.

Para tanto, aqui a ideia não é analisar detalhadamente a própria legislação, mas a sua tramitação no Congresso Nacional, identificando sua filiação aos campos de disputa parlamentar.

Em 1988, o poder executivo encaminhou PL 549 ao Congresso Nacional, basicamente seu teor é autorizar o poder executivo a criar a FCP. Foi encaminhado as comissões, contudo, foi acordado pelos líderes dos partidos pela tramitação com prioridade deste PL, o qual foi aprovado com a redação do Dep. Carlos Alberto Caó do PDT/RJ, conhecido por ser redator da Lei Caó, que criminaliza o racismo no Brasil.

Em 1996, a Medida Provisória (MPV) 1528 chegou ao Congresso Nacional, originalmente tratava somente da regulamentação de matéria de Direito Tributário, onde regia questões de fiscalização e imputação de tributo sobre a terra (Imposto sobre Propriedade Territorial Rural - ITR). Contudo, no curso da tramitação, a bancada progressista, através do PT, incorporou a desoneração tributária dos territórios ocupados por comunidades remanescentes de quilombo. A tramitação recebeu originariamente o Sen. Jader Barbalho como relator, o qual emite parecer contrário à sua aprovação. Em plenário o debate ocorre entre o Dep. Valdir Collato do PMDB/SC, o Dep. Hélio Rosas do PMDB, o Dep. Hugo Bieh do PDS/SC, o Dep. Alcides Modesto do PT/BA, o Dep. Domingos Dutra do PT/MA (atualmente no PC do B), o Dep. Adão Pretto do PT/RS, o Dep. Eduardo Suplicy do PT/SP e o Sen. Jonas Pinheiro do DEM/MT.

A MPV 1528 então recebe diversas anotações e emendas na Comissão Mista, com um grande debate entre os Dep. Álvaro Gaudêncio do PFL/PB (com origem na ARENA, passou pelo PHS, PSL, PSB, estando hoje no Avante – antigo PT do B), Confúcio Moura do PMDB/RO, Sen. Jonas Pinheiro do PFL/MT, Dep. José Carlos Vieira do PFL/SC (foi antes do PMDB e depois DEM, PR e depois PSD), Dep. Domingo Dutra do PT/MA (desde 2013 mudou para o SD e depois PC do B), Dep. Mario Negromonte do PSDB/BA (tendo passado pelo PMDB, depois PSDB, PPB e no PP desde 2003). Sen. Odacir Soares do PMDB/RO (de origem na ARENA, filiou-se depois no PDS, passando pelo PFL, depois PTB, depois PPS, PMDB), Dep. Mário Negromente do PSDB/BA (atualmente no PP); Dep. Tete Bezerra do PMDB/MT e Valdir Colatto do PMDB/SC.

Nesse ínterim, pode-se verificar um esforço de modulação da MPV 1528 em um projeto compatível com os interesses da bancada ruralista, buscando privilégios para o setor do agronegócio, com uma clara articulação de Valdir

Colatto, Jader Barbalho, Odacir Soares e Jonas Pinheiro, entre outros, que transitavam com frequência nas Comissões ligadas aos temas do agronegócio no Congresso Nacional. Contudo, ao cabo, a Lei 9.393 é publicada, ainda em 1996, com um dispositivo tímido citando a desoneração do ITR para os territórios das comunidades quilombolas.

Aqui temos o PL 1946, apresentado por Gilberto Kassab do PFL/SP em 27/10/1999. Este tinha como pretensão regular a Tarifa Social de Energia Elétrica e, tangencialmente acabando por inserir às famílias indígenas e quilombolas no CadÚnico, ganhando desconto de 100% no consumo de energia elétrica de até 50 kwh/mês, o qual o custo deveria ser suportado pela Conta de Desenvolvimento Energético. Primeiro tramitou na CCJC, tendo sido aprovado em 2008, pelo relator Dep. Leonardo Picciani do PMDB, o qual indicou aprovação de substitutivo. Em 2009, em Comissão Especial, recebeu parecer do Dep. Carlos Zarattini do PT de SP pela aprovação do substitutivo da CCJC. Em 2010 foi sancionada e transformou-se na Lei 12.212.

No ano 2000, o Dep. Paulo Paim apresentou o PL 3198, que tinha como conteúdo discutir uma proposta para o Estatuto da Igualdade Racial, essa proposta tramita por dez anos no Congresso Nacional até conseguir se consolidar na Lei 12.288 de 2010. Na verdade, a tramitação deste PL é um sucedâneo de conversões e debates sequenciais, pois, inicialmente tem como relator o Dep. Reginaldo Germano, contudo, depois com a apresentação do PL 6912 em 2002 do Sen. José Sarney do PMDB/AP, com tema similar, o primeiro é apensado a este segundo, com isto, amplia-se uma polarização e impasses em relação aos seus conteúdos incompatíveis entre si.

Em 2005, o PL 6912/2002, que já tinha apensado o PL 3198/2000, foi apensado e seguiu tramitação no PL 6264 em 2005, apresentado pelo autor do primeiro PL citado, agora Sen. Paulo Paim do PT/RS, onde havia registrado um capítulo que organizava a questão quilombola de forma bem próxima a do decreto 4.887/03, mas que refutado na Câmara dos Deputados. Com isto, ganhou como relator o Dep. Antônio Roberto do PV/MG que, em 2008, apresentou substitutivo e indicou aprovação. Neste mesmo ano, o PL 6264 apensa a si o PL 3654 do Dep. Valdir Colatto por tratar de matéria correlata e, em ato sequencial, passa a ser discutido em plenário e aprovado com texto consolidado pelo relator Dep. Luiz Couto do PT/PB.

Na versão final publicada no signo da Lei 12.288 em 2010, ficou registrado um leque de condições que impactam a questão quilombola diretamente, tais como

a "garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde", conforme se verifica em seu texto, no art. 8, parágrafo único; determina ainda a criação de linhas de pesquisa, inscrito no art. 12; além disso, indica a preservação cultura no art. 18; continua ainda no art. 31, onde transcreve a literalidade do art. 68 do ADCT/CF e; finaliza com a criação de políticas para o desenvolvimento sustentável das comunidades quilombolas.

Em 2003, de autoria do Presidente Lula, a MPV 111 é submetida ao Congresso Nacional, e com esta fica criada a SEPPIR vinculada à Presidência da República. Na sua tramitação recebe como relator o Dep. Daniel Almeida do PC do B/BA, que emite parecer pela aprovação, que é confirmada em plenário sem quaisquer resistências, tornando a lei 10.678. A SEPPIR desempenhou, em sua curta existência, um papel importante na defesa dos direitos das populações e comunidades negras, combatendo a intolerância étnica e religiosa, depois é, em 2015, extinta, sendo reunida no Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos pela então Presidenta Dilma e, hoje, no governo Bolsonaro, está nas mãos da contraditória Ministra evangélica Damares Alves.

Em 2009, o PL 5665 é submetido pelo então Presidente Lula, instituir a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER) e, na redação do PL, são inseridas as comunidades quilombolas na política do PNATER. Em termos de tramitação, na CCJC é designado o relator o Dep. José Genoíno do PT/SP, que manifesta pela sua aprovação. Depois tramita na Comissão de Finanças e Tributação (CFT), ganhando também parecer positivo do relator Dep. Pedro Eugênio do PT/PE. Daí passa pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), com relatoria do Dep. Wandenkolk Gonçalves do PSDB/PA, que indica aprovação, mas com recomendações de alteração. Na sequencia passa pela CAPADR, com relatoria do Dep. Lira Maia do DEM/PA, que recomenda aprovação com o substitutivo recomendado na CMADS. No plenário é amplamente emendado e é aprovado com a redação final do relator Dep. José Genoíno do PT/SP, sendo publicada em 2010 sob o signo da Lei 12.188.

O PL 18, proposto por Maurício Rands do PT de Pernambuco, em 03/02/2011, com a pretensão de fomento para recuperação agroflorestal de áreas degradadas e desapropriadas para famílias assentadas, indígenas e quilombolas. O projeto tramitou pela CAPADR, tendo obtido parecer do relator Dep. Josias

Gomes do PT/BA, indicando a aprovação. Depois foi para CMADS, tendo parecer do então relator Dep. Giovani Cherini do PDT/RS, pela aprovação e, por último, tramitou pela CCJC, tendo também relatoria favorável do Dep. Paulo Teixeira do PT/SP. Após, tendo sido aprovado em plenário, foi sancionado pela então Presidenta Dilma e transformado na lei 12.854 em 2013.

Também em 03/06/2011, o Congresso Nacional foi instado pela necessidade de apreciar a MPV 553 da Presidenta Dilma. A MPV não tramitou por nenhuma comissão, tendo enquanto relator no pleno o Dep. Assis do Couto do PT/PR e visa inserir os quilombolas no programa de apoio à conservação ambiental as famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvam atividades compatível com a conservação ambiental e que está registrado na lei 11.326 de 2006. A lei 12.512 então altera a lei 11.326 e tramitou no Congresso Nacional diretamente no plenário. É aprovada nos termos do relatório do Dep. Geraldo Simões do PT/BA, vinculado a Comissão Mistas de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, o qual rejeitou todas as emendas.

A atividade legislativa no campo conservador é comedida, com projetos de Valdir Colatto e Jader Barbalho do PMDB e, ainda, um projeto do Kassab do PFL, onde a bancada de direita e conservadora atuou em ações de resistência. De outro lado, a atuação da bancada progressista, pela expansão dos direitos étnicos, atuou basicamente pela legenda do PT, seja pela forçosa apreciação das medidas provisórias presidenciais, duas do Lula e uma da Dilma, mas também com projetos de Rands e Paulo Paim. Com isso, o cenário que se desenha é de uma oposição bastante clara na seara parlamentar.

4. A BANCADA RURALISTA

Cremos que a leitura desse cenário é uma queda de braço entre uma ala progressista e de expansão dos direitos das minorias e, de outro lado, um bloco de poder que se organiza enquanto "Bancada Ruralista", que é um grupo de interesse que se articula no Congresso Nacional que, embora bastante plurais em relação ao perfil dos atores sociais convergentes, conseguem se unir para fazer resistência à titulação de terras aos grupos étnicos no Brasil por aproximação ideológica pautada naquilo que eles chama de neoliberalismo, mas que, na verdade, conforme registra Boaventura de Sousa Santos, de liberalismo não tem nada, pois as forças que se movem por detrás desse movimento são em verdade características de um velho conservadorismo (SANTOS, 2003, p. 6-9).

A cosmovisão de uma unidade para a bancada ruralista revitaliza o "homem do campo" (assim autodesignados), que canaliza para um "nós" que visa fortalecer e ampliar os canais de influência com o Estado. Para Castilhos (2012), estes representam uma conversão ideológica quase como um bloco, ainda não homogênea e, complementa Alfredo Wagner B. de Almeida (2016), que se deve incluir nesse bloco o setor do agronegócio de forma ampliada, associando o agropecuário e a agroindústria, além de outros setores adjacentes desse universo.

Este grupo não é uma classe profissional ou fechada em siglas partidárias (embora alguns partidos também apresentem perfis e interesses de alinhamento com a bancada ruralista), pois são advogados, empresários e etc, mas que se articulam *ad hoc*, o que para Barcelos e Barriel, compõem uma verdadeira pactuação cavalheiresca (2009). "As diversas bancadas de interesse são espaços de articulação que agregam interesses pessoais ou de classe que não são incorporados nos programas partidários" (INESC, 2011).

A bancada ruralista, de acordo com a pesquisa do INESC, configura-se por aqueles políticos (executivo e legislativo) que declararam, ao TSE, fonte de renda agrícola, ou ainda, que demonstram alinhamento político a grupos derivados do setor do agronegócio – este alinhamento foi configurado pelo recebimento de financiamento de campanha por grupos ligados ao agronegócio.

Há uma nítida conexão entre parlamentares da dita bancada ruralista com a concentração de terra no Brasil e proprietários de fazendas/empreendimentos rurais de grande proporção. Esses "homens do campo" estão familiarizados com as práticas de grilagem de terras devolutas e do INCRA; com atos de violência e despejo contra assentados camponeses e grupos étnicos; com desmatamento, principalmente na "Amazônia Legal", pois vários são donos de madeireiras; utilizando-se de mão-de-obra escrava; com envolvimento nas grandes chacinas no campo e ligação com o assassínio de lideranças dos movimentos sociais e dos grupos étnicos; com crimes ambientais; com a "clientela" ordinária das grandes multas aplicadas pelos órgãos de fiscalização de meio ambiente. Há também uma "estranha" coincidência de propriedades rurais dos políticos ruralistas com os locais identificados com maior incidência de trabalho escravo, de desmatamento e de eliminação de lideranças de movimentos sociais.

No parlamento, os políticos vinculados ao agronegócio ocupam as cadeiras das Comissões com interesse diretamente ligado a política agroindustrial. As vagas nessas comissões são negociadas entre os partidos, e trocadas entre os partidos de acordo com conveniências.

Na classe dos políticos com "rabo-preso", podemos exemplificar com o grupo de parlamentares financiados pela "Bancada Friboi", que "investiu", em Goiás, 10 milhões em dois candidatos a governador, 5.3 milhões em 47 candidatos a deputados estaduais e mais 10 milhões para financiamento de campanhas de 55 candidatos a deputados federais e 8 senadores, onde se elegeram 41 e 7 respectivamente (CASTILHO, 2012). Certamente este "investimento" realizado pelo Grupo Friboi deve trazer frutos.

Há, "curiosamente", uma tendência dos políticos ruralistas de todo o território nacional de deterem propriedades e empreendimentos rurais no norte e centro-oeste, assim como no nordeste, respectivamente – são regiões com maior disponibilidade de terras consideradas "desocupadas" pelos órgãos públicos e pelos ruralista[4], privadas ou não, e com custo de compra ou ocupação baixo. É também o reduto das grilagens, pois é onde o Estado ainda está mais ausente, notoriamente a lei lá não chega, pelo menos não com tanta força. Os políticos do sul e sudeste são os que mais se enquadram nesse perfil, pois mesmo com domicílio eleitoral numa parte do país, detém terras em outros lugares. O Pará é o destino mais procurado de todos, diz Castilhos (2012).

Barcelos e Barrile indicam que a bancada ruralista, mesmo com grandes disputas internas por poder, protagonismo, privilégios e etc., detém potencial para promover grandes crises organizacionais no campo dos interesses, contudo, tende a alinhar-se homogeneamente para defender fronteiras e/ou expandi-las (2009, p. 10).

Em verdade a bancada ruralista é um bloco plural suprapartidário e que é capaz de mobilizar até mesmo o dobro de sua representação nas casas legislativas, determinando, inclusive, a agenda do legislativo. "A rede começa no poder local, nas prefeituras, e se estende até os corredores de Brasília, configurando o que os italianos chamam de partido transversal" (CASTILHOS, 2012, p. 229).

Vale aqui citar a UDR (União Democrática Ruralista), que surge em 1985 e é comandada pelos seus fervorosos fundadores, o pecuarista Ronaldo Caiado, que transitou pelas legendas do PSD, PFL, PPR e voltou para o PFL (hoje DEM) e pelo cafeicultor Plínio Junqueira Júnior (grande fazendeiro paulista) é um grande exemplo de articulação. Essa entidade foi considerada na constituinte como a mais explicita e radical articuladora de interesses, fazendo e buscando legitimar a

[4] A maior parte dessas terras consideradas "desocupadas" estão, em verdade, ocupadas por grupos tradicionais, informação essa não ventilada nas análises governamentais.

proteção da terra privada por meio da violência e com intimidação armada aos seus adversários (BARCELOS, BARRIEL, 2009, p. 11-2). Essa entidade é ungida pelos ideais de resistência e paralisação de quaisquer formas de reforma agrária e democratização da terra no Brasil, o que é bastante ilustrativo na medida que é a fonte dos principais projetos que trataremos logo mais.

Nelson Lefait escreve que a UDR, em seu primeiro ano, conseguiu uma poderosa articulação, indo de âmbito regional para âmbito nacional, logrando êxito na comunicação com as mais altas instâncias da república, seu articulador Plínio Junqueira arregimentou o setor agropecuário mais radical contra qualquer projeto de reforma agrária. No primeiro ano, realizando mais de cinco leilões de gado doado pelos seus membros, arrecadando mais de quinze milhões em cada um, os quais foram explicitamente destinados ao financiamento das campanhas de políticos comprometidos com a livre iniciativa e a propriedade privada, os principais herdeiros dessa fortuna foram as candidaturas de Roberto Cardoso Alves do PMDB, de Magno Bacelar do PFL, de Sergio Cardoso de Almeida do PDS, de Roberto Caiado pelo PFL, entre outros.

Nesse mesmo sentido, os objetivos da UDR se alinham a

> [...] defesa da livre-iniciativa; apoio a produtores e sua organização junto à opinião pública; defesa do direito de propriedade rural; participação efetiva nas decisões políticas; estabelecimento de 'diálogo franco e de respeito mútuo entre o Governo, os produtores rurais, a Imprensa e a Sociedade como um todo'; promoção, 'por todos os meios ao seu alcance', da eleição de representantes dos associados para cargos legislativos federais, estaduais e municipais, objetivando a defesa dos interesses da Associação e de seus Membros', dar assessoria técnica e jurídica aos seus associados (SIMON, 1998, p. 62).

No primeiro ano, em 1986, a UDR recrutou 5 mil associados, no termino do segundo ano eram entre 136 mil a 230 mil associados e, ainda, pelos dados da Folha de São Paulo, em 1989, eram 358 mil associados (SIMON, 1998, p. 59). Para termos noção da linha ideológica norteadora da entidade, vejamos parte da declaração de Caiado ao jornal "O Estado de São Paulo", em 23/04/1987: "Para nós, os produtores rurais, governo democrático é aquele que faz o que nós queremos e até impomos, e não o que nos dita normas" (*apud* SIMON, 1998, p. 78).

A UDR é expressão mais radical da elite latifundiária, que detém raízes no mundo rural marcado pelo conflito. A lógica beligerante da UDR fora endêmica, ainda mais quando analisamos os conflitos fundiários em curso em todo o território nacional: "Líderes comunitários mortos à queima-roupa na porta de suas

casas, famílias envenenadas, casas incendiadas, processos criminais com provas forjadas, atentados, prisões injustificadas [...]" (LEITE, 2010, p. 28).

Há uma pulverização de entidades com perfil ruralista no pós-88, a UDR não mais representa uma unidade homogênea ruralista no país, mas é significativa ainda e representa um estereótipo das inclinações conservadoras no Brasil mascaradas de neoliberal.

A bancada ruralista, enquanto ator político no campo funciona como uma armadura política às personalidades, convergindo a um corpo de ações que dá vida a um sujeito político, seus membros são agentes públicos fomentadores da guerra e da conflitualidade no campo, são "[...] arquitetos táticos que operam um rol de ações e decisões conformadas institucionalmente" (BARCELOS, BARRIOS, 2009, p. 21-8).

Entre seus grandes eixos de interesses estão a paralização dos projetos de reforma agrária; desestimulação da agricultura familiar; trancamento das pautas étnicas de titulação de terras; negociação e perdão integral das dívidas dos grandes empreendedores rurais; expansão das terras cultiváveis, com utilização plena das propriedades rurais; inibição da criação de parques de preservação ambiental, principalmente sem indenização; inibição dos direitos dos trabalhadores rurais; entre outras que convergem.

Como formas de atuação formulam discursos para criminalizar os movimentos sociais, tentando desarticulá-los, assim como, boicotar quaisquer tipos de mobilização que vise o acesso do camponês e dos grupos étnicos a terra. Vejamos uma fala nesse sentido: "O autodenominado Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra não conta apenas com o dinheiro de nossos impostos para invadir e depredar imóveis rurais, roubando bens neles existentes. Conta também com o incentivo de nosso Supremo Tribunal Federal" (LUCHESÍ, 2009).

A configuração deste grupo de interesse é por indicativos e sua organização é subterrânea, pois há manifesta dificuldade de mapeá-los, já que não manifestam expressamente seu alinhamento com medo de serem estigmatizados e perderem prestígio político e retração em seu colégio eleitoral.

A bancada ruralista é muito ágil e astuta, cede nas matérias que não colidam diretamente com suas pretensões. Mas têm um nítido foco na colonização de postos do Estado, reunindo-se em torno do signo convergente a uma dita identidade "agro-brasileira".

O poder e representação desses políticos é regional, suas carreiras iniciam-se nas prefeituras, depois nas cadeiras estaduais e, em escalada, alçam a representações nacionais em Brasília. Há ainda outros políticos, ou famílias, que se perpetuam regionalmente em "feudos" distritais por décadas, com repetição e/ou alternância do poder na ordem do mesmo sobrenome, sem nenhuma pretensão de escalada. O poder é passado de pai para filho, para irmãos, esposas e parentes mais próximos, as elites criam as condições sociais ideais para sua reprodução, perpetuando-se no poder. Tal empreendimento faz parte de um *modus operandi* postural de classe, que age a partir de esquemas mentais e práticos estabelecidos e esperados, é um verdadeiro *habitus,* nos termos de Bourdieu. Exemplo disso é o perfil do PMDB, que associa os barões locais, sem grande unidade convergente nacional, mas frequentemente também o PP e DEM.

O *modus operandi* dos ruralistas é a própria "violência tornada louca" (MORIN, 2010), buscando tornar a violência e as armas o nível ordinário de resolução dos conflitos, descendo esta ao nível das massas, dos movimentos sociais e de qualquer forma de articulação que represente ameaça ao divino direito de propriedade dos latifundiários, seja através de milícias ou de pistoleiros-mercenários especializados em eliminar lideranças de movimentos sociais, em despejar de famílias e assentados camponeses e em ameaçar fiscais do IBAMA e do INCRA. Parece que essa "violência tornada louca" chega ao seu máximo com a guinada extremista bolsonarista de orientação do Estado.

No site "paz no campo", que é um difusor destes ideais, pode-se encontrar uma verdadeira escola cristã que louva a propriedade privada e o capitalismo. Neste o MST é rotulado de criminoso e fadado ao fracasso, os quilombolas enquanto massa de manobra para revolução de classe e raça, os indígenas como fragmentadores da nação e o movimento ambientalista enquanto farsantes que visam implementar o socialismo e igualitarismo. O site é uma verdadeira cátedra de produção de valores conservadores, há desde artigos a livros lá vendidos, todos colocam Plínio Corrêa de Oliveira enquanto herói da luta pelos valores sagrados e cristãos da propriedade privada, tais mandamentos são cegamento replicados por seus seguidores.

Durante a constituinte formulou-se a Frente Ampla Ruralista que existiu informalmente até 1994, contudo, em 1995, instituiu-se enquanto formalmente enquanto Frente Parlamentar da Agricultura (FPA), que passou a existir com cerca de um terço dos parlamentares desde então. Contudo, enquanto articulador político, a FPA enquanto bloco consegue mobilizar metade do efetivo parlamentar

em torno de seus projetos e tem, geralmente, atuação silenciosa, através da propositura de atos normativos, pareceres em Comissões no Congresso Nacional e pactuação prévia e subterrâneas das pautas a serem votadas no plenário, as quais convergem para o seu projeto de poder.

Logo depois da promulgação da Constituição, o INCRA titulou doze comunidades quilombolas. Depois a legislação passou essa atribuição a FCP, com fim de apaziguar os conflitos e retardar os processos de titulação, uma vez que esta Fundação não detinha dotação orçamentária específica para operar as desapropriações. A bancada ruralista entendeu assim estar estancando a titulação de terras às comunidades quilombolas. Mesmo assim a FCP iniciou procedimentos de titulação independente de desapropriação e desintrusão dos territórios, titulando mais 12 territórios mesmo sem recursos.

O FHC promulgou então decreto executivo 3.912/01, que antecede o atual decreto executivo 4.887/03. Naquele previam-se características específicas para a titulação das terras quilombolas, estas deveriam estar "[...] ocupadas por quilombos no ano de 1888 [...]" (RIBEIRO, 2010), o que paralisou as titulações entre os anos de 2001 a 2003, para felicidade desse grupo de interesse.

Em 2003, o Presidente Lula promulgou o decreto 4.887, com a "[...] delimitação das terras com base em modos tradicionais de produção e principalmente com respeito a características culturais se traduz em grandes áreas demarcadas, o que gera conflitos com muitos proprietários [...]" (RIBEIRO, 2010), devolvendo ao INCRA a competência e viabilizando, com designação específica, verba para a desapropriação.

A Constituição institucionalizou um conflito que ainda não se conseguiu apaziguar. A batalha entre o campo progressista e um conservador, no campo dos direitos étnicos permanece aberta.

5. DOS PARLAMENTARES-VETORES

Aqui resolvemos abrir uma janela para falar sobre dois atores sociais que transitam pelos corredores do Congresso Nacional que, em verdade, na questão quilombola são atores-vetores, pelos quais as propostas do lado conservador e do lado progressista fluem. Embora tenhamos o sentido da pauta quilombola mais ou menos bem definida o atual MDB e no PT, a temática se materializa no lado conservador do MDB através do Dep. Valdir Colatto e, do lado progressista do

PT, pela figura da Dep. Benedita da Silva, ambos são os parlamentares com atuação mais significativa no debate quilombola. Outros candidatos se alinham a temática de um campo ou de outro, mas com atuação muito mais tímida.

O Dep. Valdir Colatto que está no Congresso Nacional a quase 30 anos, sempre como deputado federal, com legislaturas de 1989-1990, 1993-1995, 1995-1999, 2003-2007, 2007-2011, 2015-2019, fiel a legenda do MDB, contudo, somente se elegeu pelo voto em 2011, todo o mandato anterior assumiu enquanto suplente.

Entre 2003 e 2005, enquanto não assumia como suplente, ocupou a Secretaria de Articulação Nacional do Estado de Santa Catarina, a convite do então governador Luiz Henrique Silveira também do MDB. Já no pleito de 2018, ficou como suplente e, fora do parlamento ainda, foi indicado e assumiu em 2019 como chefe do Serviço Florestal Brasileiro (SFB), vinculado ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Valdir Colatto é um político profissional, com filiação clara em relação ao projeto político de poder ligado ao agronegócio. Durante todas as suas legislaturas sempre esteve vinculado as comissões de CAPADR ou a CMADS. Na sua biografia ainda registra diversas participações em comissões especiais, todas ligadas ao setor do agronegócio, com temáticas vinculadas a defensivos, extinção de terreno de marinha, proibição de impostos sobre insumos, demarcação de terras indígenas, transporte rodoviário de cargas, redução de agrotóxicos e atendimento ao setor agrícola. Ou seja, todas com interesse do setor que representa, buscando fazer lobby e consolidar interesses.

Em 2016 Valdir Colatto foi a favor do impeachment de Dilma Russef, depois votou a favor da MP da grilagem do Presidente Temer. Votou também a favor da PEC que limita o teto dos gastos. Em 2017 é favorável a reforma trabalhista e, no mesmo ano, foi relator do projeto que visa liberar a caça de animais selvagens no Brasil.

Outra coisa interessante é que, na sua declaração de bens ao TSE, para o pleito de 2018, declarou 2.200 hectares em Roraima (RO), é dono também de uma microempresa com nome Agro Planejamento Agropecuário e Consultoria em RO, além de múltiplos terrenos e outros bens, totalizando um patrimônio de 1.7 milhões pelas suas próprias declarações subvalorizadas em relação aos seus bens. O perfil de seu patrimônio o coloca como nitidamente um senhor de terras e que dedica a vida a sua reprodução no campo político, fortalecendo seus pares,

tornando-se assim, seu bastião nos espaços de produção política institucional. Uma questão interessante é que seu patrimônio e investimentos estão em RO, enquanto seu domicílio, reduto eleitoral e articulação política é em SC.

Vale destacar o esforço de subnotificação dos valores dos seus bens, como se pretendesse reduzir e esconder a dimensão de sua riqueza, 2.200 hectares são avaliados efetivamente muito além dos cem mil reais como declarado, por exemplo.

De outro lado, no campo progressista, a Dep. Benedita da Silva é a protagonista da resistência quilombola pelos corredores no Congresso Nacional, além das pautas relacionadas de forma mais abrangente ao movimento negro e, é, também, uma ativista feminista.

Em sua trajetória de vida, foi empregada doméstica, faxineira e vendedora ambulante. Na década de 70 foi uma das fundadoras do Departamento Feminino da Associação de Moradores do Chapéu-Mangueira, quando começou a estudar e formou-se em auxiliar de enfermagem, daí conseguiu emprego no Hospital e juntou dinheiro para cursar Serviço Social.

Já na sua vida da política institucional, foi vereadora 1983 a 1986 no município do Rio de Janeiro, depois foi Deputada Constituinte entre 1987 a 1991, onde participou da Subcomissão dos Negros, das Populações Indígenas e Minorias e, também, participou da Comissão de Ordem Social e da Comissão dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, depois se reelegeu em 1990 a 1994. Depois foi a primeira senadora negra eleita no Brasil, pelo Estado do Rio de Janeiro no período de 1995 a 1998.

Foi vice-governadora pelo Estado do Rio de Janeiro no período de 1999 a 2002, tendo assumido, com a renúncia de Garotinho em 2002, a cadeira de governadora do Rio de Janeiro.

Já no Governo do Presidente Lula foi Secretária de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos entre os anos de 2003 e 2004 e foi, em 2007, Secretária de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos no governo Sérgio Cabral Filho. Depois disso, foi Deputada Federal nas legislaturas 2011-2015, 2015-2019 e, inclusive, na atual 2019-2023. Sua trajetória no espaço político institucional tem mais de trinta e cinco anos, sempre vinculada ao PT.

Na sua trajetória no Congresso Nacional transitou pela Comissão da Cultura, pela Comissão da Defesa do Direito das Mulheres, pela Comissão de Seguridade Social e Família e outras.

Para não fazer injustiça, e preservar equidade analítica, Benedita da Silva declarou ao TSE, em 2018, 1.1 milhões de reais de patrimônio, sendo um carro, um apartamento, uma sala e uma fração de outro apartamento e diversos investimentos em aplicações bancários.

Os dois parlamentares são uma classe de agentes políticos fieis as legendas partidárias as quais estão filiados, suas vidas públicas estão ligadas as agendas políticas de seus partidos. Enquanto temos de um lado o Partido dos Trabalhadores vinculado a pautas progressistas e democráticas que visa a população trabalhadora e o combate a pobreza e, de outro lado, o PMDB, que mudou a legenda para MDB, buscando resgatar seu passado contrária a Ditadura, com um modelo de política conservadora, mas com interesses multivocais pela sua característica fragmentaria no campo da direita.

O projeto de poder do MDB é continuar compondo essa grande base chamada "centrão", que se movimenta aderindo a pautas neoliberais e conservadoras, confundindo-se com a direita moderada, mas bastante tolerante e permeável as demandas da direita radical.

O MDB se contenta em compor a base dos governos eleitos, numa condição de coadjuvante eterno, contentando-se pela negociação de cargos em troca dos votos que controla no Congresso Nacional, não detendo um projeto nacional e ideológico, pois sua configuração estrutural é um consórcio de forças regionais autônomas, que não se constrange por escanda-los ou corrupção de seus partidários, tornando-o agente coadjuvante mais bem-sucedido das américas.

O MDB prefere, portanto, atuar no modelo de presidencialismo multipartidário somente no domínio legislativos, sem, contudo, apresentar candidatos na disputa majoritária, até mesmo porque não consegue consolidar nomes com força para ganhar uma eleição majoritária pelo voto, no máximo, em troca de seu apoio parlamentar, ocupa postos na vice-presidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conseguimos perceber que, embora a disputa no parlamento é sempre um lócus de disputa entre políticas ideológicas e projetos de poder, há marés que estas se intensificam a partir de outros elementos de disputa no campo.

No caso da questão quilombola, percebemos que há uma polarização bastante nítida no campo da direita conservadora e de direita e, de outro lado, do centro progressista e esquerda. Sabemos que estas categorias invocam um debate profundo de posição dos agentes políticos no Campo do Congresso Nacional, mas que não foi o objetivo específico aqui.

De outro lado, percebemos que o debate dos direitos culturais no campo da política quilombola se deu polarizado principalmente pelo MDB, com apoio periférico do DEM, PSDB, PPS, PR, PP e PTB. E quando se fala de protagonismo nessa seara específica, não estamos dizendo que o MDB é o maior refratário dos direitos étnicos no Brasil, pois o PP e o DEM são fortes opositores quando se trata de Direito Indígena e direito das comunidades tradicionais, principalmente quando se trata de questão relacionado ao direito Ambiental com ligação direta aos direitos culturais. Indicamos que o DEM é o autor da ADIn 3.239, que visou atacar na seara jurídica o sistema de proteção legislativa da política quilombola, contudo, não se apresenta na seara legislativa como um vetor na formulação de novos atos normativos. Nos parece que há uma notória divisão social do trabalho na guerra contra os direitos étnicos no Congresso Nacional, onde os projetos são focalizados a partir de atores e legendas. No campo progressista, onde o PT, através da militância da Dep. Benedita da Silva, reúne em torno de suas propostas a adesão de outros partidos do campo de esquerda e, até mesmo, de um centro progressista. Nesse sentido, o PSOL, a REDE e o Solidariedade convergem para ratificar tais projetos e, eventualmente, propõem alguma atividade nesse campo. Estes partidos são também protagonistas da defesa de direitos culturais vinculados a outros grupos como os indígenas e demais comunidades tradicionais.

Atualmente a atividade ruralista em resistência aos quilombolas "esfriou" no Congresso Nacional, pois Valdir Colatto não mais detém legislatura. Isso não significa que os ruralistas esqueceram os quilombolas e os direitos culturais, mas tão somente está focado em demandas emergentes ou latentes em outro campo de seu interesse. Somente estão aguardando outro bastião ou a irrupção de uma demanda ardente para apressar suas enormes presas sobre a lebre dos direitos culturais.

Cremos que a ineditude do presente texto, e a sua contribuição para o campo epistemológico, está em consolidar um universo próprio de mobilização e articulação parlamentar em torno da produção legislativa do direito quilombola. E pensamos que serve a pretensão de subsidiar outros estudos e cruzamento de dados em pesquisas transversais relacionados a outros grupos e esferas pontuais de disputa no campo do poder e dos direitos culturais no Brasil e, ainda, para estudos relacionados ao racismo institucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Medo de compreender? Ampliação da ação conservadora em domínios que os pensadores críticos imaginavam ter exclusividade. *In*: *40º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*, 2016.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização e movimentos sociais, *In: Revista de Estudos Urbanos e Regionais*, Vol. 6, nº 1, 2004.

_____. *Quilombos e as novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011.

BHABHA, Homi K. *Nuevas minorias, nuenos derechos*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239*, de 25 de junho de 2004 – Visa tornar inconstitucional o decreto 4.778/03, de autoria do partido político "Democratas", com tramite no Supremo Tribunal Federal.

BRASIL, *Câmara dos Deputados*, Fichas de Tramitação. Disponível em: <www.camara.leg.br>.

_____, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988.

_____, *Decreto executivo nº 3.912*, de 10 de setembro de 2001 - Legislação ab-rogada pelo Decreto 4887/03.

_____, *Decreto Executivo nº 4887* de 20 de novembro de 2003. Dispõe sobre o direito das Comunidades Remanescentes Quilombolas.

FCP – Fundação Cultural Palmares. *Certificação Quilombola*. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/?page_id=37551>. Acessado em: 24/05/2020.

FPA – Frente Parlamentar da Agricultura. *Página principal*. Disponível em: <https://fpagropecuaria.org.br/>.

GINZBURG, Carlo. *História Noturna*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

_____. *O queijo e os vermes: O cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. CASTELNUOVO, Enrico. PONI, Carlos. *A micro-história e outros ensaios*. Lisboa: Editora Difel e Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1991.

_____. *Emblemas, mitos e sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Acompanhamento de processos de Regularização Quilombola*. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-andamentoprocessos-quilombolas_quadrogeral.pdf>. Acessado em: 25 de maio de 2020.

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Relação de processos de regularização abertos no Incra*. Disponível em: < http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-processosabertos-quilombolas-v2.pdf>. Acessado em: 25 de maio de 2020.

INESC - Instituto de Estudos Socioeconômicos. *Orçamento público e direitos quilombolas*, 2019. <https://www.inesc.org.br/orcamento-publico-e-direitos-quilombolas/>. Acessado em: 27 de maio de 2020.

KNEEN, Brewster. *La tiranía de los derechos.* Itanzaigó: Editorial Cienflores*, 2013*.

LEFAIT, Nelson. O lobby do latifundiário: acusados de montarem milícias particulares, os produtores rurais agora agem à luz do dia no jogo político da UDR. *In*: *Periódico Senhor*, São Paulo, 1986. Disponível em <http://www.arqanalagoa.ufscar.br/pdf/recortes/R01937.pdf>.

LEITE, Ilka Boaventura. Humanidades insurgentes: Conflitos e criminalização dos quilombos**.** *In*: ALMEIDA, Alfredo Berno de, LEITE, Ilka Boventura, O`DWYER, Eliane Cantarino, Et Al, *Cadernos de debates Nova Cartografia Social: Territórios Quilombolas e Conflitos*, Manaus: Projeto Nova Cartografia Social/UEA Edições, 2010, p. 17-40.

LUCHESÍ, Fabio de Oliveira, *O MST e o STF (Tendências/Debates)*, 2009. Disponível em: <www.udr.org.br>

MORIN, Edgar, *Para onde vai o mundo?,* Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

PODER 360. *Declaração de bens dos candidatos*. Disponível em <https://eleicoes.poder360.com.br>. Acessado em: 25 de maio de 2020.

RIBEIRO, Ivana de Pinho. *Estado, quilombolas e ruralistas*, 2010. Disponível em: <www.alasru.org/wp-content/uploads/2011/09/GT-15-Ivana-de-Pinho-Ribeiro.pdf>

ROCHA, Cláudia Facuri. *A Demarcação de Terras Indígenas e o Decreto 17775/96***.** Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF), 2009.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. Ed. 2, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANCHEZ, Isabela. Bancada ruralista já propôs 25 Projetos de Lei que ameaçam demarcação de terras indígenas e quilombolas. *In*: *De olho nos ruralistas: observatório do agronegócio no Brasil*, 2017. Disponível em: < https://deolhonosruralistas.com.br/2017/09/11/bancada-ruralista-ja-propos-25-projetos-de-lei-que-ameacam-demarcacao-de-terras-indigenas-e-quilombolas>. Acessado em 24 de maio de 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o Direito ser emancipatório?. *In*: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, maio, 2003.

SCHIMITI; Alessandra, TURATTI, Maria Cecília Manzoli, CARVALHO, Maria Cecília Pereira de, A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas, *In*: *Revista Ambiente & Sociedade*, Ano 5, nº 10, 1º Semestre, 2002, p. 1-8.

SIMON, Cristiano Gustavo Biazzo. *Os campos dos senhores: UDR e elite rural – 1985/1988*, Londrina: Editora UEL, 1998.

VERDUM, Ricardo. Território quilombola, terra de direito, *In: Orçamento e política ambiental*, Brasília: INESC, Ano X, Ed. 26, 2011. Disponível em: <www.academia.edu/4856023/Territorio_Quilombola_terra_de_direito> .

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: um estudo comparado entre Brasil e Uruguai

Eder Fernandes Monica
Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado, Niterói, Brasil
ederfm@id.uff.br

Ramon Silva Costa
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Doutorando em Direito, Rio de Janeiro, Brasil
ramonsilvacostta@gmail.com

Resumo: A proteção de dados pessoais é um direito que está sendo tutelado em leis específicas em diversos países, que buscam uma convergência global no nível de proteção. Assim, a autodeterminação informativa das pessoas, que é o controle sobre seus dados pessoais, é um elemento crucial nesse processo, sendo alçada a direito fundamental em muitos países. Nesse sentido, este artigo problematiza a forma como Brasil e Uruguai entendem a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, a partir de uma metodologia de estudo comparado entre os países. O objetivo é analisar e compreender o instituto da autodeterminação informativa como direito fundamental nos dois países. Para tanto, a análise compreende aspectos das leis de proteção de dados pessoais dos países e do panorama constitucional que possibilita sua classificação como direito fundamental. Nesse sentido, o artigo é estruturado em três partes: a que aborda os aspectos conceituais da autodeterminação informativa, a que analisa as possibilidades de convergência nas legislações latinas no que tange à proteção de dados e a que realiza uma análise comparada entre Brasil e Uruguai. Assim, apresenta-se como resultado que o Uruguai possui maior tradição na proteção de dados pessoais e sua Constituição permite a interpretação imediata da proteção de dados pessoais como direito fundamental, enquanto no Brasil, o processo ainda está em andamento por meio da Proposta de Emenda Constitucional 17/2019. Por fim, percebe-se a importância de um sistema protetivo comum, gerando convergências normativas para a proteção de dados pessoais no contexto latino.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Proteção de Dados Pessoais; Autodeterminação Informativa; Brasil; Uruguai.

Abstract: The protection of personal data is a right that is being protected by specific laws in several countries, which seek a global convergence in the level of

protection. Thus, people's informational self-determination, which is control over their personal data, is a crucial element in this process, being raised to a fundamental right in many countries. In this sense, this article problematizes the way in which Brazil and Uruguay understand the protection of personal data as a fundamental right, based on a study methodology compared between these countries. The objective is to analyze and understand the institute of informational self-determination as a fundamental right in both countries. To this end, the analysis includes aspects of the countries' personal data protection laws and the constitutional panorama that makes it possible to classify this right as fundamental. In this sense, the article is structured in three parts in which it addresses the conceptual aspects of informational self-determination, the possibilities of convergence in Latin legislation regarding data protection and the comparative analysis between Brazil and Uruguay. As a result, Uruguay has a greater tradition in the protection of personal data and its Constitution allows for the immediate interpretation of the protection of personal data as a fundamental right, while in Brazil the process is still in progress through the constitutional amendment proposal 17/2019. Thus, the convergence of personal data protection in the Latin context still lacks greater equity between the legal systems of the countries in the region.

Keywords: Fundamental Rights; Protection of Personal Data; Informational self-determination; Brazil; Uruguay.

INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas são substancialmente estruturadas pelo desenvolvimento científico e tecnológico. As dimensões sociais, econômicas, políticas e culturais são atravessadas pelas tecnologias de informação e comunicação (TICs), o que redimensiona, em grande parte, nossas relações pessoais e sociais em nível global, tendo em vista que o mundo todo está interconectado pelas redes digitais, conforme o que se convencionou chamar de "conexão planetária" (LÉVY, 2001). Isso nos leva a uma constância de novos desafios sociojurídicos, pois ao mesmo tempo em que aderimos socialmente às novas possibilidades de interação e comunicação, cresce a importância de mecanismos regulatórios para a proteção das pessoas frente à digitalização das relações humanas.

Nesse sentido, um dos mais relevantes debates atuais na área jurídica é a proteção de dados pessoais, visto que os Estados, as empresas e corporações se centram cada vez mais nas possibilidades econômicas obtidas pelo tratamento de dados pessoais. A *data-driven economy* (economia movida a dados) caracteriza-se

pelo uso de dados como uma fonte valiosa de conhecimento sobre grupos sociais, o que desperta interesses econômicos e políticos ao ponto de nossos dados já serem vistos como o "novo petróleo", sendo imprescindíveis para as articulações mercadológicas na contemporaneidade. Ou seja, os dados pessoais ocupam a centralidade de grande parte das atividades econômicas (SRNICEK, 2018). Nesse contexto, leis de proteção de dados pessoais emergiram pelo mundo como forma de regular o tratamento de dados e os seus potenciais efeitos danosos para a personalidade dos indivíduos e até mesmo para os sistemas democráticos. A União Europeia tem inspirado legislações em outros países com o seu *General Data Protection Regulation-GDPR* (Regulamento Geral de Proteção de Dados-RGPD) (UNIÃO EUROPEIA, 2016) e tem sido fonte para as legislações sobre proteção de dados no Brasil e outros países da América Latina. Dessa maneira, o presente artigo aborda o contexto de consolidação do direito fundamental à proteção de dados, tendo como aspecto central o direito à autodeterminação informativa, ou seja, à autonomia sobre o controle de seus dados pessoais. Assim, o trabalho parte de uma investigação sobre duas experiências distintas desse processo na América Latina, a do Brasil e a do Uruguai, e problematiza como a autodeterminação informativa é classificada enquanto direito fundamental nos países pesquisados.

O objetivo é compreender se e como a autodeterminação informativa é estabelecida como direito fundamental nesses países, a partir da classificação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, e traçar perspectivas para uma convergência da proteção de dados pessoais entre os dois países. Pata tanto, a pesquisa utiliza metodologicamente um estudo comparado da autodeterminação informativa e do processo de previsão constitucional da proteção de dados pessoais como direito fundamental no Brasil e no Uruguai, incluindo uma análise sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil-LGPD (Lei nº 13.709/2018) e da Lei de Proteção de Dados e da Ação de *Habeas Data* do Uruguai (Lei nº 18.331/2008) acerca das disposições sobre o direito à autodeterminação informativa. Além disso, também realiza uma análise das Constituições como forma de entender o processo de inserção no ordenamento jurídico de um "novo direito fundamental" à proteção de dados pessoais. Ademais, há o uso da técnica de revisão bibliográfica para contextualização e exploração teórica do tema. Desse modo, a pesquisa caracteriza-se como empírico-qualitativa e de caráter exploratório-bibliográfico.

Em síntese, o artigo apresenta inicialmente uma abordagem teórica para articular os principais conceitos acerca do direito à privacidade até a concepção de autodeterminação informativa, contextualizando-a com os desafios sociojurídicos da chamada sociedade digital, ou sociedade da vigilância. Posteriormente, o texto explora o cenário da proteção de dados na América Latina, com enfoque em um debate sobre a convergência das legislações e as possibilidades de um sistema de proteção regional. Em seguida, o artigo parte para o estudo específico da autodeterminação informativa como direito fundamental, a partir do enquadramento comparativo entre Brasil e Uruguai. Por fim, estão dispostas as considerações finais como forma de destacar o conteúdo do texto e apontar perspectivas críticas sobre os resultados da pesquisa.

1. Autodeterminação informativa na sociedade digital: aspectos conceituais e perspectivas sociojurídicas

A sociedade digital pode ser compreendia pela concepção de Manuel Castells (1999) de que as novas tecnologias não são apenas ferramentas aplicadas, mas processos que são desenvolvidos no âmbito social. Desse modo, a sociedade contemporânea caracteriza-se pela implementação de diversos processos de digitalização, que carregam consigo movimentos constantes de adequação cultural, política, regulatória e econômica ao desenvolvimento tecnológico. Acompanhando esse debate, Stefano Rodotá (2008) salienta o advento de uma sociedade da vigilância, baseada nas possibilidades tecnológicas de controle social. Um dos efeitos mais expressivos do crescente uso e desenvolvimento das TICs é a vigilância sobre os dados pessoais dos cidadãos. As redes e aparelhos digitais conseguem mapear e reunir informações relevantes sobre nossas vidas e personalidades, a partir dos dados que disponibilizamos ao utilizarmos seus serviços. Nossos dados são tratados e controlados com o auxílio de algoritmos[1] potentes e para a formação dos chamados *big datas*[2].

[1] Os algoritmos podem ser conceituados como conjuntos de regras que os computadores seguem para resolver problemas e tomar decisões sobre um determinado curso de ação. O algoritmo é uma sequência lógica, finita e definida de instruções destinadas a resolver uma tarefa.

[2] *Big datas* referem-se aos grandes conjuntos de dados que precisam ser armazenados e processados.

Esse controle sobre as informações pessoais gera interesses econômicos e políticos e tem como vertente o chamado "capitalismo de vigilância", que Shoshana Zuboff (2019) conceitua em sua obra "The Age of Surveillance Capitalism"-"A Era do Capitalismo de Vigilância" (tradução nossa), como um sistema econômico que utiliza toda experiência humana, incluindo vozes, personalidades e emoções que estão contidas em nossos dados pessoais, que são controlados e capitalizados como dados comportamentais para os mais diversos mercados. Dessa forma, "a economia movida a dados e o capitalismo de vigilância estão imbricados de forma substancial, pois a extensão do mercado baseado em dados pessoais utiliza-se da expansão da vigilância" (COSTA; OLIVEIRA, 2019 p. 26). Muitos debates sobre as relações entre capitalismo e uso de dados são desenvolvidos atualmente. O "capitalismo de dados" seria o termo usado para definir um sistema baseado na extração de valor e na mercantilização de dados digitais. Esse sistema, que atravessa as dimensões sociais, políticas e econômicas dessas redes de comunicação, é entendido por West (2017) como uma estrutura em que o uso dos nossos dados engendra uma redistribuição assimétrica de poder, consolidando os atores que possuem acesso aos nossos dados e que são responsáveis pela sua atribuição de sentidos.

Nesse contexto, a privacidade é repensada em seus sentidos históricos e em seus desafios para sua proteção jurídica na atualidade. Isso porque, diante do grande fluxo informacional e dos problemas do mundo altamente globalizado, a privacidade passa a ser contestada enquanto direito fundamental, ou ao menos questionada em seu sentido atual e suas necessidades de reconfiguração, dentro do mundo digital. Segundo Rodotà (2008, p. 14) existem três razões para essa mitigação da privacidade: 1) após o atentado de 11 de setembro, as dimensões jurídicas acerca da privacidade foram afrouxadas mundo a fora, com a redução de garantias fundamentais por meio de diplomas legais como o *Patriot Act* nos Estados Unidos e até mesmo pelas decisões europeias de liberação de dados de passageiros de linhas aéreas; 2) o afrouxamento das garantias legais permite que o mundo dos negócios extraia vantagens econômicas dessa redução do forte sentido protetivo do direito à privacidade, fortalecendo essa mudança de cenário; 3) o advento exponencial de novas tecnologias altamente capacitadas para a classificação, seleção, triagem e controle dos indivíduos, o que resulta em uma "maré tecnológica", sobre a qual as autoridades nacionais e internacionais não possuem total controle.

O direito à privacidade, em sua concepção clássica, está embasado na ideia de não interferência na vida privada, no "direito de ser deixado só"[3], construída por Brandeis e Warren no artigo *Right to Privacy* de 1890. Esse conceito de direito à privacidade estipula um exercício de separação entre aquilo que se deseja manter privado e aquilo que pode se tornar público, ou seja, expressa uma dicotomia entre o público e o privado. Atualmente isso foi superado diante das tecnologias digitais. A exposição de uma pessoa é mais frequente a partir do uso que é feito de seus dados pessoais do que pelos meios clássicos, como a invasão do espaço doméstico, a divulgação de notícias privadas e íntimas na imprensa ou a violação do sigilo de correspondência (DONEDA, 2019, p. 23). Consequentemente, a evolução do direito à privacidade envolve a proteção de dados pessoais (RODOTÀ, 2008, p. 17). Logo, há uma transformação do conceito, que passa a abarcar não só o poder de exclusão, de impedimento de interferências alheias e reclusão no espaço privado, mas também a centralidade do controle do indivíduo sobre suas informações pessoais, ou seja, sua autodeterminação informativa. Contudo, isso não significa que a proteção de dados pessoais é uma simples extensão do processo evolutivo do conceito de privacidade. A proteção de dados pessoais é um direito autônomo, que requer especificidade normativa, pois mesmo que se relacione, em alguns aspectos, com a privacidade, não é um direito restrito à separação entre público e privado (BIONI, 2018, p. 98-99). É um direito que amplia o sentido de proteção da privacidade a partir da concepção de autodeterminação informativa, mas não está limitado à proteção da privacidade, enfrentando dinâmicas complexas de proteção, especialmente pelo fluxo informacional digital.

A noção de autodeterminação informativa foi consolidada pela decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 25 de dezembro de 1983, que julgou parcialmente constitucional uma lei federal para a realização de censo demográfico no país, devido à coleta excessiva de dados que seria realizada e a repercussão pública negativa, entendendo o tribunal que mesmo diante dos propósitos estatísticos do censo, era preciso salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, a corte alemã acabou por reconhecer a

[3] O *right to be alone*- direito de ser deixado só- foi mencionado pelo magistrado Thomas McIntyre Cooley em seu *Treatise of law of torts* de 1888. Este conceito foi utilizado na primeira concepção de direito à privacidade trazida pelos juristas Louis Brandeis e Samuel Warren no artigo *Right to privacy*, de 1890, publicado na Harvard Law Review. Tal artigo marca o início da linha evolutiva acerca do direito à privacidade.

liberdade das pessoas para gerir seus dados pessoais, o que trouxe a noção do direito constitucional à autodeterminação informativa (TERRA; MULHOLLAND, 2019, p. 605). Desde a decisão alemã, a emergência por respostas jurídicas para proteção de dados só cresceu diante do amplo controle de informações pessoais possibilitado pelas tecnologias digitais. Todavia, a concepção da autodeterminação informativa como um direito fundamental previsto constitucionalmente ainda é um processo em andamento pelo mundo, com uma incorporação gradativa de um direito fundamental à proteção de dados pessoais nas constituições contemporâneas, além de projetos de emenda ou revisão constitucional nesse sentido, em vários países (SARLET, 2021). Esse contexto evidencia outro aspecto relevante da proteção de dados pessoais: a necessidade de convergência global entre as legislações, tendo em vista o fluxo informacional sem fronteiras, com potenciais impactos na vida das populações ao redor do mundo, interligadas pelas redes, mercados e culturas globalizados. Assim, o trabalho aborda a seguir o processo de convergência de leis de proteção de dados na América Latina.

2. Proteção de dados pessoais na América Latina: convergências e desafios para uma proteção regional

O presente artigo dá enfoque aos processos de constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais no Brasil e no Uruguai. Assim, antes da apresentação da análise comparada em específico, entendemos que é interessante uma breve contextualização sobre o cenário da temática na região latino-americana, tendo em vista as potencialidades que podem ser observadas na proteção jurídica de dados na região, especialmente para um debate acerca da possibilidade de efetivação de mecanismos regionais de proteção legal. A ideia de adequação entre as legislações de proteção de dados pelo mundo se dá, em grande parte, pela influência do *GDPR* e dos parâmetros exigidos pela União Europeia (UE) para que legislações de outros países sejam consideradas compatíveis com o nível de proteção aplicado aos países europeus, para que aqueles sejam classificáveis como países seguros para transações de dados em fluxos internacionais com o Bloco. A UE é vista como pioneira na normatização da proteção de dados pessoais, sendo referência para muitas legislações no mundo, tendo em vista que já no âmbito de sua consolidação foi adotada a Diretiva 95/46/ CE, de 1995 (UNIÃO EUROPEIA, 1995), que estabeleceu a proteção das pessoas em relação ao tratamento e livre circulação de dados

pessoais, tendo sido substituída em 2016 pelo *GDPR*[4] (DONEDA, 2021).

Os países latinos têm feito esforços legislativos na busca pela implementação de leis específicas para a proteção de dados pessoais, pois a UE é um parceiro econômico expressivo para a região e a compatibilidade no nível de proteção de dados é um requisito exigido pelo *GDPR* para a permissão da transferência e controle de dados pessoais em âmbito internacional. Isso afeta diretamente as relações econômicas e culturais entre os países europeus e latinos. Dessa forma, os seguintes países latinos já possuem leis federais específicas para o tratamento de dados pessoais: Argentina (Lei 25.326/2000), Brasil (Lei 13.709/2018), Chile (Lei 19.628/1999), Colômbia (Lei 1.581/2012), Costa Rica (Lei 8.968/2011), México (Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais em Posse de Particulares, em vigor desde 2010), Nicarágua (Lei 787/2012), Paraguai (Lei 1.682/2001), Peru (Lei 29.733/2011), República Dominicana (Lei 172/2013) e Uruguai (Lei 18.331/2008) (SANTANA, 2020). Contudo, a proteção de dados pessoais é um direito que recebe distintas configurações e níveis de proteção nos países latinos, o que dificulta um processo de convergência entre as legislações e a criação de parâmetros regionais. O mesmo não ocorreu na UE, que obteve mais sucesso na convergência entre seus países membros, visto que o bloco possui maior paridade legislativa, doutrinária e jurisprudencial no que tange à proteção de dados pessoais. Todavia, existem iniciativas expressivas com efeitos no contexto latino, como a coordenação de uma "Lei Modelo Interamericana Sobre Proteção de Dados Pessoais", proposta pela Organização dos Estados americanos (OEA), por meio da reunião de diversos documentos visando ao estabelecimento de uma proteção padrão no continente americano. (PINEDA, 2017, p. 88).

Outra iniciativa que estipula parâmetros regionais de proteção na América Latina são os "Padrões de Proteção de Dados dos Estados Ibero-Americanos", aprovados pela Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados (RIPD ou Rede), após um longo processo efetivado pelas entidades que a compõe, que surge como forma de atender a um acordo feito na XXV Cúpula

[4] A substituição da Diretiva pelo Regulamento, também se dá em virtude da diferenciação protetiva entre os dois instrumentos. O Regulamento possui natureza vinculativa, ou seja, tem sua aplicação direta e total a todos os países da UE, como estabelece o artigo 288 do *Treaty on the Functioning of the European Union*. Já a Diretiva caracteriza-se como um ato legislativo que estabelece um parâmetro a ser seguido pelos países do bloco, devendo cada Estado ser responsável pela elaboração e efetivação de um diploma legal nacional que atenda à Diretiva.

Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, em outubro de 2016, na Colômbia, que visava à elaboração de uma proposta de cooperação efetiva com a proteção de dados pessoais e a privacidade. Além disso, o texto é uma resposta à estratégia acordada pela RIPD em novembro de 2016, em Montevidéu, presente no documento "RIPD 2020", que objetiva "encorajar e contribuir para o fortalecimento e a adequação dos processos regulatórios na região, mediante a elaboração de diretrizes que sirvam de parâmetro para futuras regulações ou para a revisão das já existentes" (RIPD, 2017, p. 2). Desse modo, os Padrões da Rede têm como objetivos destacados:

> 1) o estabelecimento de um conjunto de princípios e direitos comuns para proteção de dados pessoais, que os Estados Ibero-Americanos podem adotar e desenvolver em sua legislação nacional, com a finalidade de contar com regras homogêneas na região; 2) garantir o efetivo exercício e tutela do direito à proteção de dados pessoais de qualquer pessoa física nos Estados Ibero-Americanos, mediante a determinação de regras comuns que assegurem o devido tratamento de seus dados pessoais; 3) Facilitar o fluxo de dados pessoais entre os Estados Ibero-Americanos e fora de suas fronteiras, com o propósito de coadjuvar para o crescimento econômico e social da região; 4) Encorajar a cooperação internacional entre as autoridades de controle dos Estados Ibero-Americanos com outras autoridades de controle não pertencentes à região, e autoridades e órgãos internacionais na matéria (RIPD, 2017, p. 2).

Na elaboração dos Padrões, vários instrumentos internacionais serviram como referência, dentre eles o Convênio n. 108 do Conselho da Europa (1981), o Marco de Privacidade do Fórum de Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC, 2005) e o *GDPR* (2016). Não obstante, os Padrões estabelecem a busca por um reforço internacional da Rede, por meio de iniciativas implantadas em fóruns internacionais, como a Comissão Europeia, a Conferência Internacional de Autoridades de Proteção de Dados e Privacidade e a Organização dos Estados Americanos (RIPD, 2017, p. 4). Isso porque, a RIPD pauta neste documento a importância da difusão dos Padrões. Tal atenção para o contexto internacional demarca uma característica substancial das leis de proteção de dados, que é a aplicação extraterritorial, tendo em vista o desafio contemporâneo de lidar com um fluxo informacional constantemente alimentado pelo desenvolvimento de novas tecnologias digitais e pelo aumento expressivo da coleta, armazenamento e processamento dos dados pessoais em nível global.

Esse cenário de volumosa transferência internacional de dados e a particular característica da estrutura da *Internet*, que não possui limites rígidos dentro das configurações geográficas dos Estados, gera a necessidade de uma

harmonização entre as legislações como forma de estabelecer um parâmetro comum de proteção que facilite a circulação de informações pessoais no âmbito internacional. As *guidelines* da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1980, atualizadas em 2013, são um exemplo de iniciativa de convergência entre as leis nacionais para a segurança do fluxo transfronteiriço de dados pessoais. Nesse ponto, em quesitos de aplicação extraterritorial, destaca-se o tratamento dado para a questão no *GDPR*, que está consolidado como referência para muitas legislações, influenciando diversos países a estabelecerem parâmetros semelhantes aos seus e fortalecendo o fluxo internacional de dados, contribuindo com o comércio global. No entanto, a UE tem sido criticada por determinar exigências de adequação ao seu Regulamento, interferindo na soberania de outros países por meio de esforços para a eficácia da extraterritorialidade prevista na lei europeia. Assim, a participação no mercado de dados e o alcance de um parâmetro de proteção de dados pessoais reconhecido internacionalmente como adequado são processos que requerem a aderência com o *GDPR* (FRAJHOF; SOMBRA, 2020, p. 265).

No contexto latino, existem apenas dois países com leis de proteção de dados pessoais reconhecidas como adequadas pela UE, quais são: Argentina e Uruguai. Isso porque, a UE reconhece, por meio de um ato formal, emanado da Comissão Europeia, quais legislações de proteção de dados pertencentes a países de fora do Bloco estão adequadas. Tal reconhecimento leva em conta os parâmetros de proteção de dados estabelecidos pelo *GDPR* a este respeito. Esse processo é realizado pelo grupo de trabalho do Artigo 29 - um grupo de especialistas criado pela própria normativa europeia que é consultado e emite opiniões sobre o tema. Este juízo de adequação proporciona um efeito prático: o país que possui tal reconhecimento pela União Europeia pode realizar transferências internacionais de dados pessoais com qualquer país-membro da EU, com as mesmas prerrogativas que teria um país-membro. Esta faculdade é importante quando se considera a série de restrições que a normativa europeia impõe ao tráfego transfronteiriço de dados para países de fora do espaço comunitário. Assim, esta aprovação é um fator relevante para a segurança jurídica de um país no comércio e cooperação internacional (SIMÃO; OMS; TORRES, 2019, p. 9). Além disso, Argentina e Uruguai criaram conjuntamente um guia de avaliação de impacto na proteção de dados (*Manual de Evaluación de Impacto en la Protección de Datos*) publicado em janeiro de 2020, resultado de uma parceria entre as autoridades de controle de proteção de dados dos dois países, a Agência de Acesso à Informação Pública da Argentina e a Unidade Reguladora e

de Controle de Dados Pessoais do Uruguai (ARGENTINA; URUGUAI, 2020). Esse documento aborda legislações e manuais mais recentes para a proteção de dados diante do tratamento automatizado com caráter pessoal. O documento reconhece ainda a importância de incentivos regulatórios para além das fronteiras e é o primeiro com esse propósito na América Latina.

Nessa conjuntura, os países latino-americanos ainda não demonstram expressiva aderência de suas leis com as exigências internacionais para fluxo de dados. Este é um processo complexo, pois, como destacam Bioni e Mendes (2019, p. 818), a padronização entre as leis de proteção de dados se confunde com o próprio percurso de regulação pelo mundo. Dessa forma, em um contexto globalizado no qual o fluxo informacional ocorre, a proteção de dados pessoais necessita da extraterritorialidade para sua efetivação, sendo crucial que leis nacionais exijam a equivalência internacional com suas regras e princípios. Ademais, esse cenário deixa evidente a importância de análises sobre as convergências entre as leis de proteção de dados, tendo em vista suas variedades normativas e os distintos contextos sociojurídicos em que são aplicadas (BIONI; SCHERTEL, 2019, p. 798).

Portanto, como será detalhado no próximo item, este trabalho traz um estudo comparado da autodeterminação informativa como direito fundamental no Brasil e no Uruguai, sendo uma análise comparativa entre o contexto de proteção de dados em duas experiências latinas com desenvolvimentos e níveis de reconhecimento internacional distintos. Desse modo, é relevante a realização de um estudo mais aprofundado e específico entre os dois países, como forma de compreender as aproximações e distanciamentos para a efetivação de parâmetros comuns de proteção em países da América Latina.

3. Por um direito fundamental à proteção de dados pessoais: comparação Brasil-Uruguai

Inicialmente é importante destacar os elementos metodológicos que justificam a opção por uma análise comparada entre Brasil e Uruguai para o debate proposto neste artigo. O interesse pelo conhecimento acerca de ordens jurídicas e processos sociojurídicos em países estrangeiros é algo recorrente na história e, como aponta René David (1972, p. 9), remonta pelo menos à Antiguidade Clássica, tendo como exemplo o "Tratado sobre a Política", de Aristóteles, fruto de um estudo de 158 Constituições de cidades gregas.

Contudo, o direito comparado torna-se disciplina e passa a ser ensinado em universidades, em meados do século XIX, tendo como marco inicial de sua oficialização, o I Congresso Internacional de Direito Comparado, ocorrido em Paris, em 1900 (VEÇOSO, 2019).

Nesse sentido, mesmo não sendo uma técnica nova de estudo e pesquisa no direito, a comparação recorre a distintos enquadramentos metodológicos, sendo importante demarcar os passos que justificam o estudo comparado, bem como as categorias que o estruturam. No presente trabalho, temos uma microcomparação, que "consiste no estudo comparativo das soluções jurídicas encontradas em duas ou mais ordens jurídicas estaduais diferentes para um determinado problema" (JERÓNIMO, 2015, p. 12- 13). Portanto, diferentemente de uma macrocomparação, que foca em duas ou mais ordens jurídicas para uma análise global, a pesquisa empreendida centra-se no instituto da autodeterminação informativa como um direito fundamental em duas experiências estatais: Brasil e Uruguai. Dessa maneira, dentro dos limites de um artigo científico e com a perspectiva de que ele faz parte de uma análise mais ampla, que envolve outros países, a escolha por Brasil e Uruguai se dá como forma de pensar um contexto de convergência na proteção de dados pessoais em dois países latino-americanos, sendo que ambos possuem distintas trajetórias de normatização e debate no que tange à proteção de dados pessoais. O estudo comparado pode fornecer uma maior compreensão sobre o tema explorado, a partir de um aprofundamento analítico em duas experiências. Assim, a presente pesquisa está contida no campo de estudo do direito comparado, sendo uma proposta de estudo relevante para um instituto jurídico de grande expressividade contemporânea nos ordenamentos jurídicos.

Neste trabalho, a comparação trata sobre a classificação de um direito como fundamental. Dessa forma, ela é estruturada em dois principais aspectos que podem ser categorizados em questões que serão analisadas posteriormente: 1) Como a autodeterminação informativa é prevista nas leis de proteção de dados pessoais dos países pesquisados? 2) De que forma se dá o processo de entendimento da autodeterminação informativa como direito fundamental nesses países? No Brasil, a inserção do termo "proteção de dados pessoais" no glossário jurídico é recente e vem sendo articulada a partir de um processo anterior à promulgação da LGPD, ocorrida em 2018. Ocorre que a proteção de dados sempre esteve vincula a discussões sobre outros direitos, especialmente a privacidade. Contudo, a criação de um diploma específico no país demonstra um

contexto evolutivo, tanto no conceito de privacidade, que passa a abarcar mais dimensões em que esse direito se faz presente, como na solidificação de um direito da personalidade autônomo, que é a proteção de dados pessoais, não estando restrita à privacidade em seu sentido tradicional, tendo como garantia ser protegida de tratamentos de dados indevidos e abusivos (DONEDA, 2021).

A LGPD entrou em vigor em setembro de 2020, após um processo conturbado de idas e vindas acerca de sua vigência[5]. Todavia, seus dispositivos sancionatórios apenas entrarão em vigor em agosto de 2021. Além disso, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) foi estruturada pelo Decreto 10.474 de 2020 e é responsável pela fiscalização, sanção e criação de diretrizes para algumas pendências deixadas em aberto na LGPD. A LGPD caracteriza-se por seu conteúdo garantista, contendo uma lista cumulativa de dez princípios que devem ser priorizados no tratamento de dados[6] e um rol de direitos dos titulares de dados previstos no art. 18. Ademais, a autodeterminação informativa aparece dentre os fundamentos do diploma legal, em seu art. 2º, II. A disposição da autodeterminação, que é o controle pessoal sobre o trânsito dos dados do titular, como fundamento da lei, enfatiza a concepção de proteção de dados não só como um direito estático, mas dinâmico, em que coexistem duas esferas protetivas em relação à privacidade: uma de caráter negativo, de não intervenção e outra de sentido positivo, em que o titular tem o poder permanente de controle sobre seus próprios dados (RODOTÀ, 2008).

Desse modo, a autodeterminação informativa é respaldada como fundamento em toda LGPD, sendo especialmente observada no capítulo terceiro da lei, que determina que toda pessoa natural tem assegurada sua

[5] Originalmente, a LGPD teria vigência a partir de janeiro de 2021, com multas e sanções administrativas válidas somente a partir de agosto do mesmo ano. Na Câmara, foi aprovado um substitutivo ao projeto, segundo o qual a vigência da LGPD começaria em maio de 2021 (prazo também previsto pela MP 959, de 29/4/20). Contudo, o Senado voltou a alterar a data de vigência da LGPD, prevendo pelo PL 1.179/20, que a lei entraria em vigor em agosto de 2020, mas os artigos que tratam das sanções só entrariam em vigor em agosto de 2021. Por fim, após apreciação presidencial, a LGPD entrou em vigor em setembro de 2020, de acordo com o disposto pelo PL 1.179/20, retroagindo, portanto, sua vigência até agosto de 2020 e estipulando a entrada em vigor das sanções para agosto de 2021.

[6] O Art. 6º da LGPD dispõe que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade; II - adequação III – necessidade; IV - livre acesso; V - qualidade dos dados; VI - transparência; VII- segurança; VIII - prevenção; IX - não discriminação; X - responsabilização e prestação de contas.

titularidade sobre seus dados e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade (art. 17), além de especificar no art. 18 os direitos dos titulares, que notadamente oferecem autonomia e poder de controle às pessoas. Assim, dispõem garantias como os direitos de obter a confirmação do tratamento de dados pelo controlador; de ter acesso aos seus dados; de correção de dados desatualizados, incompletos ou inexatos; de anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou em desconformidade com a lei; de revogação do consentimento, dentre outros[7].

No Uruguai, a proteção de dados pessoais solidificou-se de forma menos recente a partir da lei 18.331 de 2008, a chamada "*Ley de Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data*" (URUGUAI, 2008). A lei estabeleceu desde sua promulgação, a estrutura da "ANPD uruguaia", chamada de "Unidade Reguladora e de Controle de Dados Pessoais do Uruguai". Em comparação com o Brasil, tal contexto demonstra uma trajetória mais concreta no que tange à normatividade e regulação acerca dos tratamentos de dados pessoais no Uruguai. O Brasil, apesar de ter um debate complexo e diversos projetos no decorrer dos anos, apenas especificou uma lei para a proteção de dados pessoais, dez anos após o Uruguai.

A lei uruguaia tem um corpo normativo um pouco mais reduzido, contando com 49 artigos, enquanto a brasileira contem 65 artigos. Desse modo, o diploma uruguaio trata algumas questões de forma mais objetiva, estipulando em seu art. 5º sete princípios gerais: legalidade, veracidade, finalidade, prévio consentimento informado, segurança dos dados, reserva e responsabilidade. Além disso, apresenta os seguintes direitos dos titulares: direito de informação sobre a coleta de dados (art. 13); direito de acesso (art. 14); direito de retificação, atualização, inclusão ou supressão (art. 15); direito de impugnação de valorações

[7] O art. 18, da LGPD elenca os seguintes direitos dos titulares: I- confirmação da existência de tratamento; II-acesso aos dados; III- correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV- anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta lei; V- portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador; VI- eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta lei; VII-informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII- informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX- revogação do consentimento, nos termos do §5º do art. 8º desta lei.

atribuídas aos seus dados (art. 16); direitos referentes à comunicação de dados (art. 17).

O consentimento é um princípio que merece atenção na lei nº 18.331/2008, pois seu art. 9º prevê que o tratamento de dados só poderá ser realizado a partir do recolhimento de um consentimento prévio do titular, que seja livre, expresso, destacado e informado, mas lista algumas exceções em que o consentimento não será necessário, como em casos de dados provenientes de fontes públicas de informação, tratamentos realizados em funções estatais e, por obrigações legais, dados tratados em relações contratuais e/ou profissionais em que o tratamento seja necessário para o desenvolvimento da relação. A lei observa, ainda, a necessidade de um consentimento expresso e escrito em casos de tratamento de dados sensíveis[8], estabelecendo um parâmetro protetivo mais rígido, tendo em vista o maior potencial discriminatório do uso irregular de dados sensíveis. Apesar disso, também permite o uso de dados sensíveis sem consentimento do titular, por exemplo, quando houver autorização legal ou para finalidades estatísticas e científicas, quando dissociados de seus titulares.

O consentimento é um elemento importante na avaliação da autodeterminação informativa, uma vez que a expressividade dada ao consentimento pelo legislador, incentiva uma participação mais ativa do titular dos dados pessoais nos processos de controle e uso de suas informações. A LGPD apresenta tratamento semelhante para o consentimento. Na lei brasileira, o consentimento é também uma das bases legais de tratamento, não sendo hierarquicamente superior às outras, mas está prevista tanto no art. 7º para o tratamento de dados pessoais, como no art. 11 para o tratamento de dados sensíveis. Seguindo a mesma lógica que a lei uruguaia, a LGPD determina maior rigidez em casos de dados sensíveis, acentuando no art. 11, I a necessidade de que o consentimento seja concretizado de forma específica e destacada, para finalidades específicas, já no caso de dados pessoais, prevê em seu art. 8º que o consentimento deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre

[8] Enquanto o dado pessoal é composto por informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, o dado pessoal sensível se refere às informações que identificam aspectos mais sensíveis da personalidade, tendo, portanto, maior potencial lesivo quando tratados de forma inadequada. A lei brasileira indica um rol exemplificativo de dados sensíveis em seu art. 5º, II, sendo eles: dados referentes à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

a manifestação de vontade do titular. Dessa forma, há o reconhecimento de que o consentimento do titular de dados sensíveis deve ser qualificado, evidenciando uma proteção mais expressiva, tendo em vista um contexto no qual as informações mais íntimas e invioláveis dos titulares estão em jogo (COSTA; OLIVEIRA, 2020, p. 36).

Nesse sentido, o conjunto de garantias previstas na lei 18.331/2008 revela um caráter protetivo semelhante à LGPD e salienta a importância de mecanismos legais que forneçam poder de controle dos titulares, o que é consonante com a ideia de autodeterminação informativa, elemento fundante da proteção de dados pessoais. Contudo, a lei uruguaia não utiliza o termo "autodeterminação informativa" em nenhum trecho de seu texto, sendo um elemento observado de forma implícita pela interpretação dos dispositivos que concedem controle aos titulares sobre seus dados. No entanto, consideramos que a autodeterminação é o elemento central da proteção de dados pessoais, sendo esta viabilizada pelo avanço na análise e normatividade jurídica no que tange, especialmente, à privacidade. Dessa forma, a não indicação expressa do termo na lei uruguaia não retira o sentido protetivo almejado e estabelecido pela legislação, que é, também, o direito de controle acerca da circulação dos dados pessoais, ou seja, a autodeterminação informativa.

No que tange à classificação da autodeterminação informativa como direito fundamental, observa-se que os dados pessoais são uma extensão da personalidade, constituem elementos substanciais da singularidade humana e, por isso, podem ser compreendidos como reflexos pessoais capazes de nos identificar em nossas particularidades. Esse entendimento no contexto brasileiro é o que demonstra a importância de elevar a proteção de dados pessoais, já entendida como um direito da personalidade, a um status de direito fundamental. Isso é o que propõe a emenda à constituição (PEC) 17/2019, que visa à inclusão da proteção de dados pessoais como um direito fundamental na Constituição Federal. Mais especificamente, prevê o acréscimo do inciso XII-A no art. 5º, para a garantia, nos termos da lei, do direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. A PEC insere ainda o inciso XXX no art. 22, estabelecendo que a competência para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais passa a ser privativa da União. Até o presente momento a PEC teve seu texto aprovado pelo Senado, mas ainda se encontra em fase de apreciação no Congresso Nacional.

A LGPD, ao enfatizar a tutela das situações existenciais dos titulares de dados, aproxima-se de uma concepção de proteção de dados pessoais como "direito fundamental autônomo, expressão da liberdade e da dignidade humana, que está intrinsecamente relacionada à impossibilidade de transformar os indivíduos em objeto de vigilância constante" (FRAZÃO, 2019, p. 100). Essa percepção solidificou-se ainda mais no Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu expressamente a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo ao julgar em maio de 2020 o compartilhamento de dados de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O julgamento refere-se a cinco ações de inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas contra a Medida Provisória (MP) 954/2020. As ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 possuem como argumento comum o fato de a MP obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao IBGE dados como nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, o que viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados. Os ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes e Luiz Fux trataram de um direito fundamental à proteção de dados pessoais garantido pela Constituição Federal, com referências ao acórdão da Corte constitucional alemã de 1983, responsável pela concepção de autodeterminação informativa que inspirou diversas legislações sobre proteção de dados no mundo. Nesse sentido, a decisão salienta o enquadramento da proteção de dados pessoais como um direito autônomo e fundamental, que revela duas dimensões protetivas, sendo configurado como um direito subjetivo de defesa do indivíduo (dimensão subjetiva) e como um dever de proteção estatal (dimensão objetiva). A dimensão subjetiva atrela-se à liberdade individual do cidadão de não sofrer interferências em sua esfera privada. Já no que tange à dimensão objetiva, evidencia-se a necessidade de delimitação desse direito por meio da ação estatal, que deve operar sistemas protetivos para a garantia desse direito nas relações privadas (SCHERTEL, 2020).

Ao avaliarmos o panorama constitucional para a proteção de dados pessoais, identificamos dispositivos da Constituição Federal brasileira que exprimem direitos relacionados à proteção de dados, mesmo que esta não seja constitucionalmente prevista. Podemos citar: a proteção à intimidade (art. 5º, X), o direito à informação (art. 5º, XIV), ou o direito ao sigilo de comunicações e dados (art. 5º, XII) e a garantia individual ao conhecimento e correção de informações sobre si por meio do habeas data (art. 5º, LXXII). Caitlin

Mulholland (2018, p. 171) destaca que, apesar de não haver a previsão constitucional de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, é possível compreender, "por meio de uma leitura funcionalizada da Constituição Federal e de seus princípios e valores", que a privacidade é um aspecto central da proteção de dados pessoais. Hoje podemos entender que os dados constituem a personalidade humana, sendo elementos cruciais na proteção da dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade em uma sociedade digitalizada, enquadrando-se, portanto, em uma concepção de direito fundamental. Por isso, o livre desenvolvimento da personalidade pode ser alçado como principal fundamento constitucional para a normatização de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, tendo em vista que integra diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito geral de liberdade, que assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana, incluindo, portanto, o direito à autodeterminação informativa (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 43).

A possibilidade de entendimento implícito de um direito fundamental à proteção de dados pessoais nos permite adiantar os principais efeitos disso, antes que o direito seja de fato normatizado. Isso porque, ao ser alçado como direito fundamental, o direito à proteção de dados pessoais carrega consigo uma maior carga positiva, reunindo consequências. Ele passa a ter âmbito protetivo próprio e integra de forma plena o regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal. O direito fundamental à proteção de dados pessoais possui status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional, assume a condição de limite material à reforma constitucional, com atenção para limites formais, circunstanciais e temporais, previstos no art. 60, §§ 1 a 4º, da CF. Além disso, as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do art. 5º, § 1º, da CF – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam atores públicos e privados, com ressalvas específicas (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 45).

Há, ainda, a previsão dos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, que indicam que as garantias e direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Além disso, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas

constitucionais. Mesmo que ainda não exista um tratado internacional para proteção de dados pessoais, pensar sobre a convergência global na regulação dos tratamentos de dados abre espaço para a compreensão de que, caso o Brasil se torne signatário de um regulamento internacional que estabeleça o direito fundamental à proteção de dados pessoais, a Constituição de 1988 permite a efetivação de tal direito.

Quando levamos essa análise para o Uruguai, temos uma realidade mais simplificada que a brasileira, além do país possuir um processo de consolidação do direito à proteção de dados pessoais menos tardio que o Brasil. Nesse sentido, avaliando o panorama global da trajetória de classificação da proteção de dados como direito fundamental, observamos o art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano 2000, como marco na positivação do direito à proteção de dados como direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia (DONEDA, 2011, p.102). Acompanhando a Diretiva 95/45/CE, o Uruguai promulga sua lei de proteção de dados pessoais em 2008 e, desde então, já concebe no texto da lei a possibilidade de consolidação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no país, tendo em vista a amplitude prevista na Constituição uruguaia. De acordo com Hector Delpiano:

> O Uruguai conta com um coerente sistema de proteção dos direitos fundamentais sustentado em uma estrutura jurídica cujo principal pilar está dado por um grupo normativo constituído pelos princípios gerais do direito, podem eles ter recebido reconhecimento escrito ou não. Sem prejuízo do qual, a ratificação das convenções internacionais sobre direitos humanos, assim como o reconhecimento da Carta Magna e demais disposições a ela hierarquicamente inferiores, provém de um enlace rápido e tangível com aqueles princípios reitores do ordenamento jurídico (DELPIANO, 2003, p. 415).

Assim, destacamos dois artigos da Constituição da República Oriental do Uruguai por apresentarem uma ampla receptividade ao chamado jusnaturalismo personalista. São eles:

> Art. 72: a enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui outros que são inerentes à personalidade humana ou decorrem da forma republicana de governo (tradução nossa)[9];

[9] Texto original do art. 72 da Constituição uruguaia: *La enumeración de derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*

> Art. 332: os preceitos desta Constituição que reconhecem direitos aos particulares, bem como aqueles que conferem poderes e impõem deveres aos poderes públicos, não deixarão de ser aplicados por falta de regulamentação respetiva, mas serão complementados, recorrendo aos fundamentos das leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente aceitas (tradução nossa)[10] (URUGUAI, 1967)

Esses dois dispositivos foram estabelecidos na segunda Constituição uruguaia, a de 1918, e repetiu-se nas Constituições posteriores, o que demonstra uma recepção que emana da essência humanística do direito natural, transformando seus elevados propósitos em princípios gerais do direito positivo, de significado prático, que não podem ser dispensados pela sistematização técnico-jurídica. Nesse sentido, o sistema constitucional uruguaio, desde muito cedo, possui uma das melhores ferramentas jus-filosóficas capaz de converter direitos positivos para o mais elevado nível na pirâmide normativa de forma mais facilitada que em outras experiências constitucionais (BAUZÁ, 2012, p. 13).

No Uruguai, há poucos problemas de brechas jurídicas em matéria de direitos humanos, que podem ser interpretados como qualquer direito alinhado à proteção fundamental da personalidade humana, incluindo, portanto, o direito fundamental à autodeterminação informativa. Isso é possível e acontece graças à receptividade da "estimativa da justiça natural". Portanto, a configuração constitucional uruguaia, no que tange à proteção de direitos da personalidade, possibilita uma trajetória facilitada de reconhecimento desses direitos como fundamentais, o que oferece dinamismo a um sistema jurídico de direitos humanos, que requer mudanças e adaptações constantes, de acordo com os processos sociais contemporâneos (BAUZÁ, 2012, p. 13).

A lei de proteção de dados pessoais do Uruguai reivindica seu enquadramento na amplitude da proteção constitucional aos direitos da personalidade, mesmo quando não expressos. Demarca logo em seu artigo primeiro: "o direito à proteção dos dados pessoais é inerente à pessoa humana, razão pela qual consta do artigo 72 da Constituição da República" (tradução

[10] Texto original do art. 332 da Constituição uruguaia: *Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de la leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.*

nossa)[11]. A lei reconhece a proteção de dados como um direito humano que no ordenamento jurídico brasileiro é equivalente ao reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental. A concepção da proteção de dados pessoais e por conseguinte da autodeterminação informativa como direito fundamental no Uruguai, é algo que está inserido nas disposições jurisprudenciais e doutrinárias. Até mesmo a interpretação que a Unidade Reguladora e de Controle de Dados Pessoais do Uruguai dispõe sobre o assunto caminha nesse sentido, por exemplo, quando acentua a necessidade de observação dos princípios da lei, mesmo nos casos em que esta não é diretamente aplicada a uma determinada base de dados. Isso porque os princípios da lei devem ser atendidos e aplicados, pois a proteção de dados trata da tutela de um direito fundamental. Tal interpretação está presente no Ditame nº 6/015, de 25 de março de 2015, no considerando II, estipulado pelo Conselho Executivo da Unidade (ROTONDO, 2018, p. 89).

Como forma de organizar e sistematizar os aspectos comparados no texto, as análises estão condensadas no quadro 1 a seguir.

Quadro 1: Comparação Brasil e Uruguai sobre autodeterminação informativa e proteção de dados pessoais.

	Brasil	**Uruguai**
Previsão Constitucional da proteção de dados pessoais como direito fundamental	Ainda não há. Contudo está presente na PEC 17/2019, aprovada pelo Senado, mas ainda em trânsito no Congresso Nacional.	Prevista pela interpretação expansiva trazida pelos arts. 72 e 332 que reconhecem a proteção constitucional para os direitos inerentes à personalidade humana. Além disso, o art. 1º da Lei 18.331/2008 referencia o art. 72 da Constituição para definir a proteção de dados pessoais como direito humano.
Previsão da autodeterminação	Prevista como fundamento no art. 2º,	A Lei 18.331/2008 não possui nenhum artigo

[11] Texto original do art. 1º da lei de proteção de dados pessoais do Uruguai: *El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República.*

informativa na Lei de Proteção de Dados Pessoais	II, da Lei 13.709/2018 e está contida, de forma implícita, em dispositivos que garantem, de alguma forma, o controle do titular sobre seus dados pessoais.	que indique a autodeterminação informativa. Mas, aparece de forma implícita em dispositivos que garantem, de alguma forma, o controle do titular sobre seus dados pessoais.
Direitos dos titulares	A Lei 13.709/2018 aponta, em seu art. 18, os seguintes direitos dos titulares: confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a Lei; portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto; eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa e revogação do consentimento.	A Lei 18.331/2008 aponta os seguintes direitos dos titulares: direito de informação sobre a coleta de dados (art. 13); direito de acesso (art. 14); direito de retificação, atualização, inclusão ou supressão (art. 15); direito de impugnação de valorações atribuídas aos seus dados (art. 16) e direitos referentes à comunicação de dados (art. 17).
Princípios da Lei de Proteção de Dados	O Art. 6º da Lei 13.709/2018 dispõe que	A lei 18.331/2008 traz em seu art. 5º, os

Pessoais	as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: finalidade; adequação, necessidade; livre acesso; qualidade dos dados; transparência; segurança; prevenção; não discriminação; responsabilização e prestação de contas.	seguintes princípios gerais: legalidade; veracidade; finalidade; prévio consentimento informado; segurança dos dados; reserva e responsabilidade.
Consentimento	O art. 7º, da Lei 13.709/2018 prevê o consentimento como uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais, e em o art. 8º estipula que o consentimento deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Já o art. 11, I, prevê que o consentimento para tratamento de dados sensíveis dever ser concretizado de forma específica e destacada, para finalidades específicas.	O art. 9º, da Lei 18.331/2008 prevê que o tratamento de dados só poderá ser realizado a partir do recolhimento de um consentimento prévio do titular, que seja livre, expresso, destacado e informado, mas lista algumas exceções em que o consentimento não será necessário. Já o art. 18 estipula a necessidade de um consentimento expresso e escrito em casos de tratamento de dados sensíveis.
Dados Sensíveis	A Lei 13.709/2018 indica um rol exemplificativo de dados sensíveis em seu art. 5º, II, sendo eles: dados referentes à origem racial ou étnica, convicção religiosa,	A Lei 18.331/2008 define os dados sensíveis em seu art. 4º, como: dados que revelem origem racial ou étnica, preferências políticas, convicções religiosas ou morais, afiliação sindical

	opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.	ou informações referentes à saúde e à vida sexual.
Autoridades Nacionais de Proteção de Dados	A Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi estruturada pelo Decreto 10.474 de 2020 e é responsável pela fiscalização, sanção e criação de diretrizes para algumas pendências deixadas em aberto na Lei 13.709/2018. No entanto ainda está iniciando seu processo de atuação.	A lei 18.331/2008 estabeleceu, desde sua promulgação, a estrutura da "Unidade Reguladora e de Controle de Dados Pessoais do Uruguai", que atua expressivamente no país.
Convergência da Lei de Proteção de Dados Pessoais com o Regulamento da União Europeia	A lei 13.709/2018 é inspirada no *GDPR*, porém o Brasil ainda não possui o reconhecimento do Bloco europeu como um país com nível de proteção de dados pessoais equivalente.	A lei 18.331/2008 é inspirada no *GDPR* e o Uruguai recebeu o reconhecimento do Bloco europeu como um país com nível de proteção de dados equivalente.

Sendo assim, a comparação entre Brasil e Uruguai revela proximidades e distanciamentos no processo de efetivação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais ou à autodeterminação informativa. O Uruguai demonstra um percurso mais progressista, tendo em vista até mesmo sua antecedência temporal no tratamento do direito à proteção de dados pessoais e seu alinhamento ao *GDPR*, o que facilita suas transações e circulações de dados em nível internacional, respaldadas pela aprovação da UE. A análise do panorama uruguaio deixa evidente que a classificação facilitada da proteção de dados

pessoais como um direito fundamental, desde a promulgação da lei, é um componente que fortalece o nível de proteção e de convergência com legislações internacionais avançadas na temática, especialmente o *GDPR*. Nesse campo, é interesse do Brasil o seu alinhamento com o cenário protetivo global, visto que é uma demanda essencial para a facilitação das relações econômicas do país na era digital. Portanto, a convergência da LGPD com as leis de países mais avançados na proteção de dados, como o Uruguai e a UE, pode ser fortalecida a partir de um maior nível de proteção no ordenamento jurídico brasileiro, o que é bem possível pelo avançar da PEC 17/2019, que estabelece o entendimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A circulação exponencial de dados pessoais nas sociedades digitais revela novos desafios sociojurídicos, sendo a defesa dos direitos fundamentais um processo que deve acompanhar o percurso social de forma correlata, atendendo aos princípios básicos de defesa da dignidade e personalidade humana no mundo contemporâneo. É nesse cenário que a proteção de dados pessoais tem repercutido em debates cada vez mais complexos e atentos aos avanços tecnológicos capazes de gerarem discriminação e outras violações à personalidade por meio do tratamento de dados pessoais. Constata-se em diversos países a promulgação de leis específicas para regularem essas questões. Contudo, outra tendência jurídica expressiva nesses países é a inserção constitucional ou ampliação das Constituições, de modo que a proteção de dados pessoais seja alçada como um direito fundamental, recebendo uma maior carga positiva e ampliando seu âmbito de aplicação. Nessa conjuntura, a autodeterminação informativa, apesar de também ser interpretada como um direito autônomo, é um aspecto central da proteção de dados pessoais. Assim, a inserção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais se relaciona diretamente com o entendimento da autodeterminação informativa como direito fundamental, tendo em vista que o controle sobre o trânsito dos dados pessoais é um aspecto fundante da proteção do indivíduo em relação às suas informações pessoais, não sendo possível falar em um direito fundamental à proteção de dados que não englobe o status correlato à autodeterminação informativa, enquanto componente essencial para a proteção da personalidade, dignidade e privacidade das pessoas.

Dessa forma, o presente artigo, a partir de uma pesquisa comparada entre Brasil e Uruguai, buscou traçar os aspectos principais no que tange à classificação da proteção de dados pessoais como direito fundamental nesses países e articular sobre as possibilidades de convergência de suas legislações e ordenamentos jurídicos na busca por um fortalecimento da proteção de dados pessoais no contexto latino e global. Assim, evidenciou-se que o Uruguai possui um processo mais avançado que o Brasil, reconhecendo por meio de sua Constituição a inserção da proteção de dados pessoais como direito fundamental, visto que há previsão constitucional no sentido de ampliação da tutela constitucional para todos os direitos inerentes à personalidade humana. Somado a isso, o país possui uma Unidade Reguladora desde a entrada em vigor de sua lei, o que fortaleceu uma interpretação solidificada da autodeterminação informativa como direito fundamental.

Já o Brasil está em vias de normatizar a proteção de dados como direito fundamental por meio de emenda constitucional pela PEC 17/2019. Porém, o país ainda possui desafios estruturais na busca de uma maior conformidade com países mais avançados em seus sistemas jurídicos de proteção de dados, como o Uruguai e os países membros da União Europeia. Isso porque, a ANPD foi recentemente estruturada e o país ainda não criou uma cultura de proteção de dados expressiva, como em experiências internacionais mais antigas e juridicamente robustas que a brasileira.

Além disso, é importante destacar que pensar em uma convergência protetiva nos países latinos requer a busca por um panorama equitativo entre os países acerca da proteção de dados pessoais. Isso envolve procedimentos como a busca por um regulamento regional que impeça a dispersão normativa entre os países membros e que seja compatível com os instrumentos internacionais para a proteção de dados pessoais e a adoção de medidas legislativas que, efetivamente concebam uma a unificação das legislações internas e das políticas setoriais dos países membros, fortalecendo a concepção de um direito fundamental à autodeterminação informativa e sua defesa por meio das autoridades de controle.

REFERÊNCIAS

APEC. *APEC Privacy Framework*. 2005. Disponível em: https://www.apec.org/publications/2005/12/apec-privacy-framework Acesso em: 21 dez. 2020.

ARGENTINA; URUGUAI. *Manual de Evaluación de Impacto en la Protección de Datos*. 2020. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_final.pdf Acesso em: 20 dez. 2020

BAUZÁ, Marcelo. Derechos Fundamentales. In: VIEGA, María José; ROTONDO, Felipe (coords). *34° Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Privacidad y tecnologia en equilíbrio.* Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales do Uruguay, 2012, p. 11-20.

BIONI, Bruno R. *Proteção de Dados Pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BIONI, Bruno R; SCHERTEL, Laura M. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de** *Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*.1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 p. 797-820.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The rigtht to privacy. *Harvard Law Review*, 1890. Disponível em:<www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 21 de nov. 2020.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL, Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n° 17, de 2019*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594. Acesso em 24 de nov. 2020.

BRASIL, Presidência da República. *Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm. Acesso em: 24 de nov. 2020.

BRASIL, Assembleia Legislativa. *Lei 13.709/2018- Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 23 de nov. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *Convênio nº 108*. 1981. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108 Acesso em: 22 dez. 2020.

COSTA, Ramon S; OLIVEIRA, Samuel R. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. 5, n. 2, jul/dez 2019 p. 22-41.

CASTELLS, Manuel. 1999**.** *La Era de la información: economía, sociedad y cultura*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1999.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo***.** Rio de Janeiro: Meridiano, 1972.

DELPIANO, Hector. Actualidad de La Protección de Los datos personales Y del habeas Data em El Uruguay. In PALAZZI, Pablo A. (Director). *Derechos y nuevas tecnologías*. Derechos Personalíssimos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 403-580.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, jul./dez 2011, p. 91-108.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo; et. al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAJHOF, Isabella Z.; SOMBRA, Thiago L. A transferência internacional de dados. In: MULHOLLAND, Caitlin (org.). *LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020. p. 265-287.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA , Milena D. (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 .ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 99-129.

JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de Direito Comparado*. 1. ed. Braga: Empresa Diário do Minho, 2015.

LÉVY, Pierre. *A conexão planetária*: o mercado, o ciberespaço, a consciência. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais. Uma análise à luz da Lei geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista Dir. Gar. Fund.*, Vitória, 2018, v. 19, n. 3, p. 159-180.

PINEDA, Luis O. La protección de datos personales en los estados que conforman la Comunidad Andina: estudio comparado y precisiones para un modelo interamericano de integración. *Foro- Revista de Derecho*, Quito, 2017, n. 27. p. 83-114.

RIPD, Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados Pessoais. *Padrões de proteção de dados pessoais para os Estados Ibero-americanos.* 2017. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pt_br_estandares_ibero americanos_de_proteccion_de_datos.pdf Acesso em: 22 dez. 2020.

RODONTO, Felipe. Nota de Interés Informe a 10 años de la Ley de Protección de Datos Personales. *Revista PDP- Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales***,** n. 3, outubro de 2018, p. 85-99.

RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTANA, Gabriel S. *Legislación sobre la protección de datos personales en America Latina.* Santo Domingo: CENLAE-CIDEP, 2020.

SARLET, Ingo W.; SAAVEDRA, Giovani A. Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. *Revista Direito Público-RDP***,** Brasília, 2020, v.17, n. 93, p. 33-57.

SARLET, Ingo W. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo; et. al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. *Autoridades de Proteção de Dados na América Latina*: um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai. São Paulo: Idec, 2019.

SCHERTEL, Laura M. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Jota*, 10 mai. de 2010. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020 Acesso em: 25 mai. 2020.

SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2018.

TERRA, Aline M.V.; MULHOLLAND, Caitlin. A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 .ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 601-619.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:31995L0046 Acesso em: 20 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento nº 2016/619, de 27 de abril de 2016*. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679 Acesso em: 18 dez. 2020.

URUGUAI, *Constituição da Repúplica Oriental do Uruguai de 1967***.** Disponível em: https://www.tcr.gub.uy/archivos/nor_63_Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20Oriental%20del%20Uruguay.pdf . Acesso em 02 dez. 2020.

URUGUAI, Congresso Nacional da República Oriental do. Lei nº 18.331 de 11 de Agosto de 2008. *Proteção de dados pessoais e ação de "habeas data"*. Disponível em: http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18331&Anchor= Acesso em: 29 de nov. 2020.

VEÇOSO, Fabia F. C. Achtung baby! Ou porque meu trabalho acadêmico não precisa de direito comparado... até que se prove o contrário. In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael M. R. *Metodologia da pesquisa em direito:* técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WEST, Sarah Myers. Data Capitalism: Redefning the Logics of Surveillance and Privacy. *Business & Society*, jul., 2017.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of survillance capitalism*. The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

PODERES CONSTITUINTES INFORMAIS NA AMÉRICA-LATINA: a "autoproclamação presidencial" na Bolívia e na Venezuela e os caminhos para uma integração conservadora[1]

Iani Panait
Universidade de Lisboa
Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Lisboa, Portugal
iani.panait@edu.ulisboa.pt

Resumo: O presente artigo tem por escopo apresentar uma interpretação sobre os golpes de Estado ocorridos na Bolívia e na Venezuela, tendo como objeto o 'instituto' jurídico da 'autoproclamação presidencial'. Usando os métodos indutivo e dedutivo e sob o prisma da teoria crítica do direito, observou-se alguns dados empíricos dos processos políticos que tiveram lugar nos dois países, concluindo-se pela existência de uma integração conservadora de matriz autoritária na América-latina. Como tática política-jurídica, esses grupos tencionam a emergência de um poder constituinte informal, que se trata de um processo de criação de regras constitucionais não-escritas que minam a importância das regras e procedimentos da constituição escrita, criando um descompasso entre ambas. Para chegar ao objetivo, os grupos ambicionam criar estratégias discursivas que se buscam minimamente coesas - inclusive internacionalmente; a manipulação politicamente orientada de teorias e vivências do direito estrangeiro e também a consolidação desta integração. Como proposta para o problema, indica-se aqui o *enforcement* dos mecanismos político-constitucionais de blindagem antiautoritária.

Palavras-chave: Poder Constituinte Informal; América Latina; Golpe de Estado; Bolívia; Venezuela

Abstract: The purpose of this paper is to present an interpretation of the coups d'état that took place in Bolivia and Venezuela, having as its object the 'presidential self-proclamation'. Using the inductive and deductive methods and under the prism of the critical theory of law, we observed some empirical data of the political processes that took place in both countries, concluding that there is a conservative integration of an authoritarian matrix in Latin America. As a political-legal tactic, these groups intend to create an informal constituent power, which is a process of creating unwritten constitutional rules that undermine the importance of written constitution rules and procedures, creating a mismatch between the two. In order to reach their goals, the groups aim to create discursive strategies that are

[1] Registro o agradecimento ao Prof. Gladstone Leonel Júnior (UFF) pelos comentários e críticas ao trabalho apresentado no Congresso.

minimally cohesive - including internationally; the politically oriented manipulation of theories and experiences of foreign law and also the consolidation of this integration. As a proposal for the problem, the enforcement of political-constitutional mechanisms of anti-authoritarian armor is indicated here.

Key-words: Informal Constitution-making; Latin America; coup d'etat; Bolivia; Venezuela

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos esforços intelectuais de maior relevância no pensamento jurídico-político contemporâneo consiste em tecer diagnósticos sobre o futuro das democracias no contexto global (MOUNK, 2018; RUNCIMAN, 2018; SUNSTEIN, 2017; LEVITSKY e ZIBLATT, 2019). Contudo, as perspectivas de maior impacto estão, em sua maioria, circunscritas em narrativas próprias da "força hegemônica do pensamento neoliberal" (LANDER, 2005, p. 7), abordando os fenômenos de maneira generalista, sem grandes preocupações em diferenciar realidades distintas de continentes e países distintos, resumindo todos os acontecimentos político-jurídico mundiais às grandes ideias das ciências sociais, tais quais "populismo", "democracia" ou "autoritarismo". O presente trabalho pretende levantar um contraponto, adotando um ponto de vista pautado em teóricos latino-americanos e dentro de uma perspectiva interdisciplinar (GUSTIN e DIAS, 2006), privilegiando a análise de dados empíricos.

A situação da América Latina assumiu um certo protagonismo nas análises políticas em virtude de seguidas tensões institucionais e processos de relativização da força normativa das Constituições. Os casos de Honduras (2009), Paraguai (2012), Nicarágua (2016) e Brasil (2016) são exemplos recentes de países que sofreram abalos na arquitetura constitucional. Nessa esteira, o artigo analisa o "instituto" da "autoproclamação presidencial" recorrente nos golpes de Estado na Bolívia (2019) e na Venezuela (2019) na intenção de traçar paralelos com o que aqui nomeio por "integração conservadora" na América Latina.

A problemática da investigação centra-se em uma indagação: qual a construção jurídica do novo autoritarismo conservador latino-americano? Tal questionamento demonstra-se fundamental para diferenciar o autoritarismo latino-americano de meados do século XX do autoritarismo contemporâneo, ao oferecer, assim, uma visão dos fenômenos jurídicos adequados ao nosso tempo e

pensar em que medida eles se difundem e se aclimatam em diferentes realidades político-constitucionais.

A perspectiva metodológica postulada é a da teoria crítica do direito (FALBO, 2015), congregando uma análise jurídica em comunhão com uma análise política, adotando a lógica indutiva e dedutiva na esteira metodológica de pensar a América Latina afastada das leituras generalistas e que não se debruçam nas particularidades de cada sistema. O artigo assume uma ótica brasileira de um fenômeno que é espelhado por todo o continente, tendo em vista o local de fala de quem escreve e dos pares a quem o texto se direciona. Tal posição se justifica em primeiro lugar em razão da forte integração de nosso continente, o que, por si só, já justificaria a posição metodológica tomada. Optou-se ainda que arbitrariamente, por dividir taxonomicamente os grupos políticos entre 'autoritários' e 'democráticos', sendo a diferença entre tais facções o fato dos últimos seguirem as 'regras do jogo' do Estado de Direito.

Nesse sentido, levanta-se a hipótese da criação de um "Poder Constituinte Informal" (OTERO, 2010) através de uma Constituição não escrita (BONAVIDES, 2011, pp. 187 e 188) oferecida pela agenda autoritária na Bolívia e na Venezuela, analisando a assimilação de um instituto inconstitucional adotado como verdadeiro costume *contra constitutionem* por forças conservadoras. No artigo, descrever-se-á algumas percepções que apontam para a identificação desse fenômeno sob a ótica de uma integração conservadora na América Latina. Para esse fim, pretende-se uma análise jurídico-política, buscando-se observar, em primeiro lugar, as interações entre os atores presentes nesses países em destaque e sua relação com os ordenamentos jurídicos nos quais estão vinculados, sobretudo as Constituições nacionais.

Dados oriundos de decisões judiciais, especialmente das Supremas Cortes, notas técnicas de órgãos públicos, leis gerais e artigos de jornais entram no corpo da análise como um fator de aprofundamento das informações. Sobre os artigos de jornais citados, privilegiam-se as repercussões da comunicação social brasileira, de modo a dimensionar os impactos dos golpes em Venezuela e Bolívia no Brasil e, de maneira mais ampla, na América Latina.

Por fim, destaca-se que o presente *paper* não pretende esgotar os ricos debates presentes nos pensamentos sociais de Bolívia e Venezuela, mas tão somente presta-se ao objetivo modesto de assimilá-los e mapear suas influências e a sua fluidez no pensamento jurídico-político do Brasil e da América Latina, quase

que numa análise de jogo de espelhos. Portanto, pretende-se sempre uma abordagem pautada nessas três visões: a brasileira, a venezuelana e a boliviana.

2.1. Bolívia e Venezuela: A Constituição e os caminhos para o Bolivarianismo

As experiências constitucionais de Bolívia e Venezuela têm lugar de destaque no rol de Constituições que tentam romper com um passado colonial, valorizando a formação sócio-cultural local. Sem a pretensão de esgotar toda a "temática do constitucionalismo latino-americano", na expressão de Enzo Bello (2016)[2], em especial as particularidades de Bolívia e Venezuela, algumas notas se fazem necessárias.

Pastor e Dalmau (2016), em '*A Constituição democrática entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo*', elucidam que ao longo da história do mundo contemporâneo, sempre existiu uma tensão entre constitucionalismo e democracia, tendo o constitucionalismo se desenvolvido à margem de uma democracia de fato (p. 102). Eram, assim, termos não necessariamente coincidentes. Foi justamente o modelo do constitucionalismo democrático, no qual se encontram as experiências de Bolívia e Venezuela, o marco mais efetivo para a emancipação dos povos (PASTOR; DALMAU, 2016, p. 103).

No contexto Venezuelano, "o bolivarianismo pode ser definido pelos pontos essenciais do programa e da atuação histórica de Bolívar" (SEABRA, 2010, p. 212). Por sua vez, no contexto boliviano, há uma tendência de enxergar o bolivarianismo como uma visão de descontinuidade com o chamado "colonialismo interno" (CHACHAKI, 2015, p. 222), além da valorização da noção de *Buen Vivir*, que guia o processo político na Bolívia (BOHÓRQUEZ, 2015, p. 375), nascendo a Constituição de 2009 sob uma ótica de refundação do Estado (BRAGATO, 2014, p. 12) e sob a perspectiva econômica do pós-neoliberalismo, nos termos de Wolff, que consiste em uma política neodesenvolvimentista caracterizada por um papel mais central do Estado em conjunto com uma política de inclusão social (WOLFF, 2019, p. 114).

---

[2] : (i) de compreensão da conjuntura latino-americana; (ii) de apresentação da recente normatividade e dogmática constitucional; e; (iii) de conhecimento da realidade latino-americana e suas relações com essa normatividade.

Contudo, as experiências boliviana e venezuelana transcendem as visões unicamente sociais, culturais ou jurídicas, edificando novas visões sobre o próprio Estado de Direito. Exemplos como a proteção constitucional da folha de coca na Bolívia, o fato de a Constituição Venezuelana ter sido "a primeira Constituição no mundo escrita com flexão de gênero" (DALMAU e JÚNIOR, 2014, p. 22), o respeito às línguas originárias e o rompimento com o modelo de separação tripartite de poderes de inspiração em Montesquieu são exemplos de um constitucionalismo vivo.

Desse modo, pensar o "funcionamento prático das instituições" (FILHO, 2018, p. 1149) presentes nestas duas realidades latino-americanas torna-se um importante mecanismo para adensar os princípios de uma comunidade jurídica em nosso continente. Portanto, a partir destes marcos, pensar-se-á possíveis continuidades e mudanças no contexto em que falamos e observamos esses fenômenos, qual seja, o contexto brasileiro.

.

2.2. Crise e Golpe

Em que pese a massiva aderência popular para com o movimento denominado "Socialismo do Século XXI", a última década foi marcada por reiterados ataques oposicionistas que atentaram contra as ordens democráticas de Bolívia e Venezuela. Algumas permaneceram em um campo democrático, como no exemplo de Ellner (2019), ao passo que outras trilharam caminhos de um enfrentamento autoritário, como nos casos narrados a seguir.

O presente artigo analisa a sucessão presidencial nos dois países, especificamente no que tange à "autoproclamação presidencial", levantadas por Juan Guaidó e Jeanine Áñez. Busca-se responder algumas questões subsidiárias, tais quais: o que é/foi a 'autoproclamação presidencial' nos ordenamentos constitucionais destes países?; quais os limites da atuação lícita dos atores políticos que tencionam essa transição forçada da institucionalidade?

Em um primeiro momento, tenta-se demonstrar a inconstitucionalidade da "autoproclamação presidencial" se chocadas com a sistemática constitucional de Bolívia e Venezuela. Para tal, opta-se por uma interpretação conjunta dos âmbitos jurídico e político, analisando não somente a subsunção do fato à norma (constitucional), mas contrastando com a realidade política, social e institucional e seus reflexos na jurisprudência constitucional e nos meios de comunicação social.

Posteriormente, através de uma revisão bibliográfica sobre o pensamento social e constitucional latino-americano somado a uma análise conjunta da literatura jurídico-política sobre democracia, crise e constitucionalismo, levanta-se uma discussão sobre os ataques aos avanços sociais no continente e uma tentativa de "neocolonização" (BONAVIDES, 2001) através da instauração de um positivismo que nasce de uma raiz autoritária em detrimento da identidade constitucional dos países, que tem o objetivo de minar os direitos pátrios com a inserção de teorias de direitos estrangeiros, recepcionando-as sem pensar criticamente. Esse tema se torna relevante, sobretudo na conjuntura político-constitucional da América Latina do primeiro quinto do século XXI, momento de difusão de golpes de Estado e processos de *impeachment*, que guardam semelhanças entre si, em que pesem as diferenças nos ordenamentos jurídicos.

2.3. Diferenciando os contextos de Bolívia e Venezuela: um golpe natimorto e um golpe de duração precoce

Bolívia e Venezuela atravessaram momentos de instabilidade institucional. Contudo, os processos de golpe de Estado enfrentados por ambos os países tiveram particularidades que indicam similaridades e diferenças. Isto exposto, faz-se necessário uma exposição dos processos político-eleitorais em ambos os países, de modo a expor as especificidades latentes de cada realidade, sem prejuízo em não esmiuçar todos os fatos político-jurídicos anteriores aos governos analisados, tendo em vista não ser a intenção do artigo.

No caso boliviano, houve um golpe de Estado de fato. Após as eleições presidenciais no Estado Plurinacional da Bolívia, em 20 de outubro de 2019, o então presidente Evo Morales foi reeleito ao cargo em primeiro turno das eleições gerais. O pleito possuía duas formas de apuração: uma primeira, mais rápida e de caráter provisório na qual os resultados parciais iniciais indicavam um segundo turno e a contagem definitiva, mais lenta, e que prezava a contagem voto a voto.

Após polêmicas e controvérsias expostas na comunicação social, além de pressões internacionais, a contagem rápida foi interrompida, permanecendo somente a apuração definitiva e parcimoniosa. Com o interregno e o aumento da insegurança jurídica, a autoridade eleitoral declarou que Evo Morales estava reeleito, com 10,56 pontos percentuais a mais que o segundo colocado (G1, 2019).

Em reação às denúncias de fraudes eleitorais levantadas pela oposição e difundidas por uma parcela relevante da opinião pública, houve relatos de

protestos violentos, com destaque para as regiões de La Paz, Sucre e Cochabamba. Simpatizantes de Evo Morales e partidários do MAS foram vítimas de tratamentos degradantes e tortura. foi o caso dos ataques sofridos pela então prefeita da cidade de Vinto (Cochabamba), Patrícia Arce. Na ocasião, a política foi obrigada a caminhar por quilômetros descalça, teve seu corpo tingido e seu cabelo cortado, tornando-se um símbolo da violência da política boliviana (BIANCONI, 2019). Destaca-se, ainda, relatos de motim com adesão de policiais de La Paz (G1, 2019b).

No âmbito internacional, a Organização dos Estados Americanos (OEA) em 10 de novembro daquele ano anunciou que realizaria uma auditoria preliminar, levando, assim, o então presidente eleito Evo Morales a anunciar novas eleições. Entretanto, sem o apoio das forças militares, que pugnaram pela sua renúncia, Morales se viu forçado a sair do cargo e do país. Junto ao mandatário, renunciaram também: Alvaro Garcia Linera, então vice-presidente da Bolívia, Adriana Salvatierra, presidente do Senado, Rubén Mendinacelli, então vice-presidente do Senado e Victor Borda, representante do governo na câmara baixa, todos estes presentes na linha de sucessão presidencial.

A *analisis de integridad electoral* publicada pela OEA constatou, na visão da instituição, que existiram ações dolosas deliberadas que tiveram o intento de manipular o resultado do pleito (OEA, 2019, p. 3). O relatório indicou, entre muitas denúncias: i) um esquema tecnológico paralelo e não controlado que teve a capacidade de manipular dados (IDEM, p. 4); ii) acessos ilegais e/ou irregulares aos sistemas ou bancos de dados do Estado; iii) falta de custódia de informação e ações efetivas de *accountability* da gestão estratégica da administração pública; iv) falsificação de assinaturas dos mesários eleitorais, entre outros. Resumidamente, o estudo aponta erros graves e irregularidades no processo, como apontam as conclusões:

> El equipo auditor ha detectado una manipulación dolosa de los comicios en dos planos. A nivel de las actas, a partir de la alteración de las mismas y la falsificación de las firmas de los jurados de mesas. A nivel del procesamiento de los resultados, a partir del re direccionamiento del flujo de datos a dos servidores ocultos y no controlados por personal del TSE, haciendo posible la manipulación de datos y la suplantación de actas. A ello se suman irregularidades graves, tales como la falta de resguardo de las actas y la pérdida de material sensible.
>
> Los hallazgos detallados revelan, asimismo, la parcialidad de la autoridad electoral. Los vocales del TSE, quienes debían velar por la legalidad e integridad del proceso, permitieron que se desviara el flujo de información hacia servidores externos, destruyendo toda confianza en el proceso electoral.
>
> Debe tenerse en cuenta que este ha sido un ejercicio de auditoría acotado, tanto en el tiempo del que se dispuso como en relación con los componentes del proceso

> que fueron analizados. Excede a este informe lo ocurrido en la etapa pre electoral y los hallazgos de la Misión de Observación de la OEA respecto a la inequidad de la contienda y el accionar del TSE en la fase anterior a los comicios.
>
> No obstante, los hallazgos son contundentes. El equipo auditor no puede ignorar el conjunto de manipulaciones e irregularidades observadas a través del trabajo en terreno y del análisis de las más de 200 denuncias y comunicaciones con información que se recibieron. Hacerlo sería un acto de suma irresponsabilidad y supondría incumplir el mandato asumido al momento en que se aceptó realizar la auditoría.
>
> El margen de victoria en primera vuelta es mínimo si se lo compara con el volumen de las manipulaciones y alteraciones detectadas. A continuación, se presenta la evidencia incontrastable de un proceso electoral minado de graves irregularidades, y del accionar de un tribunal que atentó contra la transparencia e integridad de los comicios. Es sobre la base de esta evidencia que se reitera la imposibilidad de validar los resultados de la elección de octubre. (IDEM, pp. 10 e 11).

É dizer, ainda que tenha havido indícios de irregularidade e até ilicitude, as questões deveriam ter sido debatidas no órgão judiciário competente para dirimir o conflito, nomeadamente o Tribunal Constitucional e as Cortes eleitorais, respeitando o direito à presunção de inocência previsto no art. 116 da CPE e o rito que versa sobre o impedimento do presidente (art. 169 e ss). Com a supracitada vacância de poder, a segunda vice-presidente do Senado, a senadora opositora Jeanine Áñez, avocou para si a titularidade do poder executivo do Estado Plurinacional da Bolívia, com posterior anuência do Tribunal Constitucional. Na seara internacional e através do *Secretary of State* norte-americano, Mike Pompeo, os Estados Unidos formalizaram um dos primeiros reconhecimentos à autoridade da advogada boliviana:

> The United States applauds Bolivian Senator Jeanine Anez for stepping up as Interim President of State to lead her nation through this democratic transition, under the constitution of Bolivia and in accordance with the principles of the Inter-American Democratic Charter. We look forward to working with the Organization of American States, Bolivia's civilian constitutional institutions, and the Bolivian people as they prepare to hold free, fair elections as soon as possible. We call on all parties to protect democracy during the coming weeks and to refrain from violent acts against fellow citizens and their property. (U.S. DEPARTMENT OF STATE, 2019).

Contudo, ao contrastar a chegada ao poder de Jeanine Áñez com a *Constitución Política del Estado* (doravante chamada por CPE), é possível observar primariamente uma série de inconstitucionalidades perpetradas contra a letra da Constituição. Em primeiro lugar, o art. 166, I da CPE indica que um candidato que obtenha mais de 10 pontos percentuais em relação ao seu concorrente na segunda colocação, está apto a ser indigitado como presidente da Bolívia, ou seja, situação vivenciada por Evo Morales:

> La Presidenta o el Presidente y la Vicepresidenta o el Vicepresidente del Estado serán elegidas o elegidos por sufragio universal, obligatorio, directo, libre y secreto. Será proclamada a la Presidencia y a la Vicepresidencia la candidatura que haya reunido el cincuenta por ciento más uno de los votos válidos; o que haya obtenido un mínimo del cuarenta por ciento de los votos válidos, con una diferencia de al menos diez por ciento en relación con la segunda candidatura. (BOLÍVIA, 2009, p. 48).

Ademais, o art. 161 da CPE e os seus números, artigo este organizado no capítulo da 'composição e atribuição da assembleia legislativa plurinacional'[3] (capítulo primeiro) também não positiva, no tocante à sucessão presidencial, o direito detido pelo segundo vice-presidente do Senado a entrar no rol de legitimados para assumir a presidência da República:

> Artículo 161. Las Cámaras se reunirán en Asamblea Legislativa Plurinacional para ejercer las siguientes funciones, además de las señaladas en la Constitución:
>
> 1. Inaugurar y clausurar sus sesiones.
>
> 2. Recibir el juramento de la Presidenta o del Presidente del Estado, y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado.
>
> 3. Admitir o negar la renuncia de la Presidenta o del Presidente del Estado, y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente
>
> del Estado.
>
> 4. Considerar las leyes vetadas por el Órgano Ejecutivo.
>
> 5.Considerar los proyectos de ley que, aprobados en la Cámara de origen, no fueran aprobados en la Cámara revisora.
>
> 6. Aprobar los estados de excepción.
>
> 7. Autorizar el enjuiciamiento de la Presidenta o del Presidente, o de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado.
>
> 8. Designar al Fiscal General del Estado y al Defensor del Pueblo. (BOLÍVIA, 2009, pp. 46 e 47).

Ainda sobre a legitimidade do mandato de Jeanine Áñez chocado aos ditames constitucionais do Estado Boliviano, destaca-se o mandato da presidenta autoproclamada durou aproximadamente um ano (de 12 de novembro de 2019 a 8 de novembro de 2020), apenas afastando-se do cargo com as novas eleições gerais, vencida pelo presidente Luis Arce, do partido Movimento ao Socialismo (MAS), o partido de Evo Morales. Nota-se que a CPE, ao descrever essa situação de vacância de poder, ordena que novas eleições deveriam ser chamadas em 90 dias, prazo este não respeitado pela mandatária:

[3] Tradução livre.

> Artículo 169.
>
> I. En caso de impedimento o ausencia definitiva de la Presidenta o del Presidente del Estado, será reemplazada o reemplazado en el cargo por la Vicepresidenta o el Vicepresidente y, a falta de ésta o éste, por la Presidenta o el Presidente del Senado, y a falta de ésta o éste por la Presidente o el Presidente de la Cámara de Diputados. En este último caso, se convocarán nuevas elecciones en el plazo máximo de noventa días. (BOLÍVIA, 2009, p. 49).

Por fim, destaca-se que também não se encontra no rol de atribuições da Asamblea Legislativa Plurinacional, a autorização de uma 'autoproclamação presidencial', figura não existente no direito boliviano:

> Artículo 158.
>
> I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley:
>
> 1. Aprobar autónomamente su presupuesto y ejecutarlo; nombrar y remover a su personal administrativo, y atender todo lo relativo a su economía y régimen interno.
>
> 2. Fijar la remuneración de las asambleístas y los asambleístas, que en ningún caso será superior al de la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado. Se prohíbe percibir cualquier ingreso adicional por actividad remunerada.
>
> 3. Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas.
>
> 4. Elegir a seis de los miembros del Órgano Electoral Plurinacional, por dos tercios de votos de sus miembros presentes.
>
> 5. Preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura.
>
> 6. Aprobar la creación de nuevas unidades territoriales y establecer sus límites, de acuerdo con la Constitución y con la ley.
>
> 7. Aprobar el plan de desarrollo económico y social presentado por el Órgano Ejecutivo.
>
> 8. Aprobar leyes en materia de presupuestos, endeudamiento, control y fiscalización de recursos estatales de crédito público y subvenciones, para la realización de obras públicas y de necesidad social.
>
> 9. Decidir las medidas económicas estatales imprescindibles en caso de necesidad pública.
>
> 10. Aprobar la contratación de empréstitos que comprometan las rentas generales del Estado y autorizar a las universidades la contratación de empréstitos.
>
> 11. Aprobar el Presupuesto General del Estado presentado por el Órgano Ejecutivo. Recibido el proyecto de ley, éste deberá ser considerado en la Asamblea Legislativa Plurinacional dentro del término de sesenta días. En caso de no ser aprobado en este plazo, el proyecto se dará por aprobado.
>
> 12. Aprobar los contratos de interés público referidos a recursos naturales y áreas estratégicas, firmados por el Órgano Ejecutivo.

> 13. Aprobar la enajenación de bienes de dominio público del Estado.
>
> 14. Ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución.
>
> 15. Establecer el sistema monetario.
>
> 16. Establecer el sistema de medidas.
>
> 17. Controlar y fiscalizar los órganos del Estado y las instituciones públicas.
>
> 18. Interpelar, a iniciativa de cualquier asambleísta, a las Ministras o los Ministros de Estado, individual o colectivamente, y acordar la censura por dos tercios de los miembros de la Asamblea. La interpelación podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras. La censura implicará la destitución de la Ministra o del Ministro.
>
> 19. Realizar investigaciones en el marco de sus atribuciones fiscalizadoras, mediante la comisión o comisiones elegidas para el efecto, sin perjuicio del control que realicen los órganos competentes.
>
> 20. Controlar y fiscalizar las empresas públicas, las de capital mixto y toda entidad en la que tenga participación económica el Estado.
>
> 21. Autorizar la salida de tropas militares, armamento y material bélico del territorio del Estado, y determinar el motivo y tiempo de su ausencia.
>
> 22. Autorizar excepcionalmente el ingreso y tránsito temporal de fuerzas militares extranjeras, determinando el motivo y el tiempo de permanencia.
>
> 23. A iniciativa del Órgano Ejecutivo, crear o modificar impuestos de competencia del nivel central del Estado. Sin embargo, la Asamblea Legislativa Plurinacional a pedido de uno de sus miembros, podrá requerir del Órgano Ejecutivo la presentación de proyectos sobre la materia. Si el Órgano Ejecutivo, en el término de veinte días no presenta el proyecto solicitado, o la justificación para no hacerlo, el representante que lo requirió u otro, podrá presentar el suyo para su consideración y aprobación.
>
> II. La organización y las funciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional se regulará por el Reglamento de la Cámara de Diputados. (BOLÍVIA, 2009, pp. 44 e 45).

No campo simbólico, Áñez, na sequência de sua posse, posou para a comunicação social com uma Bíblia, demarcando sua cosmovisão cristã e conservadora, em uma espécie de jogo de espelhos em relação ao antigo presidente que, em 2009, havia banido o livro sagrado para os cristãos do *Palacio Quemado* em respeito à laicidade do país. Na ocasião, Áñez declarou: "*la Bíblia vuelve a entrar al Palacio*" (EL PAÍS, 2019). A situação e a postura da mandatária fora bastante criticada por movimentos sociais bolivianos, como no exemplo do movimento feminista *Creando* e publicizado por sua liderança, María Galindo, que, mesmo tendo sido oposição ao presidente Morales, não comemorou a ascensão de Áñez ao poder, a segunda mulher a ocupar o cargo, em razão de sua postura conservadora e segregacionista para com a cultura e formação religiosa da população indígena do país (COLOMBO, 2019).

A visão temerosa dos movimentos sociais e dos movimentos indígenas organizados em relação ao conservadorismo de matriz autoritária e que mobiliza os legítimos sentimentos religiosos presentes na população boliviana para os seus interesses políticos, é uma postura-chave do pensamento social do socialismo do século XXI boliviano. Alvaro Garcia Linera (2009), em sua obra seminal, *"Potencia Plebeya"*, mais especificamente no capítulo "*autonomías indígenas y Estado multinacional*", descreve que a Bolívia, ao herdar do sistema colonial o fato de tratar o elemento "índio" como o outro, de maneira negativa, dividindo e racializando os povos da Bolívia, sendo o aspecto religioso um desses traços de dominação. (LINERA, 2009, pp. 271-280).

Em outro sentido, até mesmo os discursos conservadores-democráticos, difundidos nas mídias privadas tradicionais da América Latina, reconheceram que "A Constituição boliviana não tem resposta para o que fazer em tal situação" e que quaisquer alternativas seriam desrespeitosas à Carta Magna (GUROVITZ, 2019). A diferenciação discursiva recaiu no tocante à "culpa" da situação política calamitosa do país, imputada ao MAS e ao Evo Morales por desgastar a força normativa da Constituição com eventuais manobras para sua perpetuação no poder[4].

Contudo, a o golpe boliviano desgastou-se e fracassou, com as eleições de 2020 que elegeram Luis Arce, também do MAS como o novo presidente do país. Tais eleições (re)colocaram em pauta a importância dos movimentos sociais na construção popular de uma campanha eleitoral e, mais tardiamente, de um governo, ao rechaçar nas urnas a figura de Jeanine Áñez. Demonstrou também a recusa do povo boliviano aos atos de violência política e das ameaças de morte dos militantes do MAS, com casos aqui narrados de violência e tortura e o próprio exílio político do ex-presidente Evo Morales. A própria institucionalidade Boliviana, por meio da Defensoria del Pueblo[5] e sua mandatária Nadia Cruz, que o processo eleitoral na Bolívia e a consequente instabilidade social e política afetavam diretamente a segurança pública e a ordem social no país, emitindo uma série de recomendações aos demais órgãos nacionais (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2019).

Por sua vez, na Venezuela o processo se deu de maneira distinta. Ao passo que na Bolívia houve um golpe de Estado consolidado, o processo de golpe

[4] Para observar visões progressistas-democráticas, contraponto à visão conservadora, cfr: BRASIL DE FATO, 2019.

[5] Instituição criada sob inspiração do modelo de *Ombudsman* nórdico.

na Venezuela se deu de forma tentada, aqui nomeado por "um golpe natimorto". A versão da autoproclamação de Caracas, a primeira autoproclamação das Américas, se deu em 23 de janeiro do mesmo ano de 2019, em procedimento liderado pelo político oposicionista Juan Guaidó, que assumiu o vácuo de grande nome da oposição ao chavismo após a derrota de Henrique Capriles nas eleições de 2013 e a posterior condenação de Leopoldo López.

Nos primeiros dias de janeiro daquele ano, Guaidó assumiu a presidência da *Asamblea Nacional*, um dos órgãos de maior potencial de articulação da oposição ao regime de Nicolás Maduro. A querela sobre a ocupação do cargo de presidente da República Bolivariana da Venezuela teve início no dia 10 de janeiro, com a posse de Maduro em seu segundo mandato, após vencer as eleições gerais de 2018, marcadas por boicotes da oposição em meio às denúncias de fraude eleitoral.

Após a posse, o segundo mandato do presidente Maduro começou a ser duramente criticado, não sendo reconhecido pela oposição. Contudo, uma questão que deveria ter-se resolvido pelos mecanismos próprios de um Estado de Direito, com a provocação do tribunal constitucional e a mobilização popular, acabou por esvair do controle e chegando ao patamar internacional e diplomático, em uma articulação política que feriu o poder de autodeterminação do povo Venezuelano.

Acompanhando a oposição no intento de não reconhecer Nicolás Maduro como legítimo presidente eleito da Venezuela, uniram-se os Estados Unidos, liderados por Trump, a União Europeia e o Grupo de Lima. Tal organização é defendida por seus entusiastas como a alternativa mais promissora para o retorno pacífico à democracia na Venezuela (SMILDE; RAMSEY, 2019, p.1) . O Brasil, por meio do presidente Jair Bolsonaro, também não reconheceu.

Como tática reativa à posse de Maduro, Juan Guaidó, então presidente da *Asamblea Nacional*, convocou manifestações na capital Caracas e valendo-se do mecanismo constitucional do *"cabildo abierto"* (R7, 2009), um mecanismo de participação popular previsto na *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, através do seu art. 70[6].

[6] Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las

Ao tomar posse, em sua cerimônia de autoproclamação presidencial, Guaidó levantou uma análise conjunta de 3 artigos da Carta Constitucional Venezuelana. Na Assembleia Nacional, sustentou em primeiro lugar que o art. 333[7], que surge sob a epígrafe '*De la proteccion de esta constitución*', autoriza qualquer cidadão a tomar medidas para a salvaguarda constitucional, motivo este que justificou a autoproclamação.

Evoca, de igual maneira, o art. 350 da Carta Magna, dispositivo que versa sobre a insubordinação aos governos nacionais que violam direitos humanos[8]: "Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos" (VENEZUELA, 1999, p. 75).

Por fim, usou o art. 233 da Constituição, alegando a existência de uma "falta absoluta" do presidente.

> Artículo 233. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte,
>
> su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, su
>
> incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el
>
> Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del
>
> cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su
>
> mandato.
>
> Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar
>
> posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta

instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

[7] Artículo 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

[8] Nesse sentido, a repercussão brasileira da mídia tradicional trata este dispositivo da Constituição da Venezuela como derivado do conceito de 'desobediência civil', cfr: FOLHA DE SÃO PAULO, 2019.

> días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva
>
> Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la
>
> Asamblea Nacional.
>
> Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los
>
> primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal,
>
> directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma
>
> posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la
>
> República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.
>
> En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional
>
> correspondiente.
>
> Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el

> Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República
>
> hasta completar dicho período. (idem, p. 48).

Apesar da grande aceitação internacional da "autoproclamação presidencial", sendo reconhecido por outros países soberanos, tais quais Estados Unidos e Brasil, o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela sempre encaminhou sua jurisprudência para rechaçar a legalidade da autoproclamação. O exemplo dos autos que condenaram o parlamentar Edgar José Zambrano Ramírez aos crimes de "traição da pátria"; "conspiração"; "instigação à insurreição"; "rebelião civil"; "apoio à delinquência"; "usurpação de funções" e organização terrorista[9], já aponta a firme posição em defesa da constitucionalidade do mandato de Nicolás Maduro e a consequente inconstitucionalidade da autoproclamação presidencial.

> Con base en lo señalado anteriormente, se concluye que, en el presente caso, no procede el antejuicio de mérito del ciudadano Edgar José Zambrano Ramírez, Diputado a la Asamblea Nacional por el estado Lara, toda vez que el predicho ciudadano, de acuerdo con los hechos que sustentan la solicitud formulada por el ciudadano Fiscal General de la República, participó, entre otros: a) en la denominada OPERACIÓN JERICÓ, cuyo objetivo es la desestabilización del Poder Ejecutivo legal y legítimamente electo, al invocar la desobediencia por parte de la población

[9] Tradução livre

> civil, de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; y, b) "(…) en el registrado comunicacionalmente y que fuera público y notorio", cuando hizo (…) " acto de presencia aproximadamente siete de la mañana a las cercanías del aeropuerto Francisco de Miranda (la Carlota), donde un grupo de militares activos y el diputado JUAN GERARDO GUAIDÓ MÁRQUEZ y el ciudadano LEOPOLDO LÓPEZ, desconocían las instituciones y la Presidencia del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela NICOLAS MADURO MOROS, generando intranquilidad y temor en la población venezolana (…)", por lo cual, es evidente, que se encuentra incurso en la presunta comisión en "situación de flagrancia" de los delitos de "Traición a la Patria, Conspiración, Instigación a la Insurrección, Rebelión Civil, Concierto para Delinquir, Usurpación de Funciones; Instigación Pública a la desobediencia de las leyes y el odio Continuada (sic), previstos y sancionados en los artículos 128, 132, 143, 145, 163, 213, 285, (sic) todos del Código Penal, respectivamente y Asociación, previsto y sancionado en el artículo 37 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo", (TSJ, 2019)

Isto posto, importa ressaltar que estão em jogo os limites tanto do novo constitucionalismo latino-americano, mas não somente, visto que os próprios limites da democracia encontram-se sob ataque, através de uma reconstituição das velhas elites que ambicionam reassumir o controle da gestão pública (JÚNIOR, 2017, p. 239). Nesse contexto, a defesa da juridicidade surge como um imperativo para a salvaguarda das democracias na América Latina.

2.4. Um Poder Constituinte Informal para a América Latina?

O artigoobservou o uso retórico do discurso sobre a juridicidade pela oposição de direita autoritária, sobretudo no que tange ao uso da institucionalidade para promover um golpe de Estado. Após a análise das novas formas jurídicas dos golpes no continente latino-americano e a ascensão de movimentos autoritários, levanta-se a hipótese da normalização de um "Poder Constituinte Informal" por parte da oposição, fundado na disseminação de costumes contra constitucionais.

Há, pois, um movimento para minar os postulados teórico-práticos das Constituições insertas no rol do novo constitucionalismo latino-americano (PASTOR e DALMAU, 2016, p. 112), não estando o processo adstrito ao contexto constitucional boliviano e venezuelano. Para cumprir tal objetivo, foram usadas algumas metodologias de diálogo com a sociedade, o que aqui será nomeado por "dimensões dos golpes".

Buscando mapear a arquitetura desse processo político, é possível identificar que a primeira dimensão se trata da busca de um discurso que atinja a esfera pública nacional. De fato, essa dimensão se trata de um processo que beira ao corriqueiro em momentos de tentativa de enfraquecimento de um governo

democraticamente eleito. Em um paralelo com o Brasil, Jorge Chaloub e Pedro Lima (2018), ao analisarem o papel dos juristas no processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, destacaram que o processo pautou-se em discursos:

> contra as limitações intrínsecas à esfera da política e os vícios congênitos do Estado brasileiro, é preciso que a "sociedade civil organizada" protagonize um movimento de saneamento virtuoso das relações políticas e sociais no país – movimento este que passa necessariamente pela desobstrução das potências socializadoras do mercado e implica, por óbvio, o fortalecimento da capacidade de atuação e punição das instituições jurídicas. (p. 244).

Guardadas as devidas diferenças, o processo de *impeachment* no Brasil teve características de golpe jurídico (CHALOUB; LIMA, 2018, p. 203), legando ao sucessor, o presidente Temer, uma dupla crise: de legitimidade, "causada por uma visão de "continuidade" com o Governo Dilma e da crise de representação" (PANAIT; MELO, 2018, p. 72) e de uma crise econômica.

No caso da Bolívia, essa componente de golpe jurídico como artífice da legalidade ocorreu quando o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia reconheceu Jeanine Áñez como presidente legítima, apesar da contestação pública do magistrado Petronilo Flores. Porém, o elemento jurídico restou enfraquecido. A função de disseminar essas interpretações contra a identidade da Constituição e da lisura do Estado recaiu à comunicação social, com especial destaque à imprensa internacional, fator este que também esteve presente no Brasil e na Bolívia.

Institucionalmente, no caso de Bolívia e Venezuela, as pressões internacionais e os reconhecimentos da legitimidade de Juan Guaidó foram peças fundamentais para o fortalecimento de um discurso jurídico. Contudo, coube ao setor privado multinacional a defesa mais aberta ao golpe de Estado - ao menos no caso Boliviano - quando o bilionário Elon Musk, CEO das empresas SpaceX e Tesla, defendeu que 'daria golpe em quem quisesse', referindo-se à Bolívia, maior fornecedora de lítio à Tesla (BRUM, 2020).

Sobre a declaração de Musk, destaca-se que o empresário levou o planejamento fiscal agressivo a um novo patamar e colocando-o como uma estratégia para burlar as regras democráticas e escolher quem oferecesse mais vantagens. A doutrina jurídica relativa ao direito fiscal define o planejamento fiscal agressivo como um fenômeno associado à globalização, à livre circulação de capitais e aos riscos de evasão ou de elisão fiscal:

> [...] ele aparece relacionado com a existência de factos tributários interestaduais que envolvem ordenamentos jurídicos de baixa tributação ou regiões do território (portanto, delimitadas territorialmente) com regimes de tributação mais baixos. [...] o tirar partido de regimes fiscais mais favoráveis não constitui elisão fiscal. (DOURADO, 2016, p. 287 e 288)

Essa inserção de um debate internacional é parte integrante da segunda dimensão dos golpes. Após o reconhecimento destas muitas camadas discursivas - como o jurídico e o midiático aqui expostos, mas não a estes limitados - é preciso criar uma coesão entre os diversos argumentos que se movimentam na sociedade. Soler (2015), analisar os golpes de estado no Haiti (2004), Honduras (2009) e Paraguai (2012), já havia indicado a importância que a hegemonia discursiva, lograda pelos atores que empreenderam tais golpes tiveram um papel fundamental em sua conformação (SOLER, 2015, p. 78), reiterando que a coesão de discursos é, de fato, um fator (ou dimensão) para a tomada de poder. Ao descrever o golpe de Estado no Paraguai, Piñero (2014) também destaca a importância dos elementos da coesão discursiva:

> El discurso que se constituyó para darle legitimidad se convirtió en hegemónico transparentando una lógica de articulación de identidades dispersas y de intereses aparentemente divergentes, que cristalizaron y cristalizan en prácticas cuyo sentido está dado por una particular construcción de la subjetividad neoliberal. (PIÑERO, 2014, p. 101).

Apesar da coesão dos argumentos nacionais dos grupos que anseiam a chegada ao poder, unificando em Áñez e em Guaidó a potencialização de um novo governo e uma nova política e seu discurso afinado com a política internacional do seu campo ideológico, essa estratégia não se aclimatou na Bolívia e na Venezuela. No Brasil, diferentemente, o vácuo de legitimidade causado pelo impeachment proporcionou a costura de uma aliança entre empresários, ansiosos pela inserção de políticas de matriz liberal, dos evangélicos[10], estes "mobilizados pelas pautas dos costumes, pelo medo da ameaça comunista e pelo apelo à honestidade das pessoas de bem" (ALMEIDA, 2018, p. 206) e dos militares, categoria profissional a qual o presidente Bolsonaro e o vice-presidente Hamilton Mourão estavam vinculados.

Uma terceira dimensão é a inserção de elementos de direito estrangeiro como um contraponto à validade e eficácia do direito nacional. No caso Boliviano e Venezuelano, a própria difusão do conceito de "autoproclamação presidencial",

[10] Cristãos de uma maneira geral, apesar de uma maior identificação com o movimento neopecostal. Para este tema, cfr: OUALALOU, 2019.

uma tentativa de emplacar uma regra "implícita" (sem previsão constitucional) como uma ideia-força com uma vaga origem no direito norte-americano. Outra questão é a recepção falha e não detalhada de teorias jurídicas europeias e a implementação acrítica de um direito constitucional internacional politicamente orientado, que busca, em nome dos direitos fundamentais, limitar a soberania dos países, inclusive os seus processos de *law-making* e *constitution-making*, em uma ideia-força que remonta a realidade europeia, sobretudo a referência no que tange ao papel do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Se no âmbito da União Europeia, em primeiro plano, e da Europa, de maneira geral, a soberania dos países está relativizada, o mesmo não acontece nos países da América Latina. A União Europeia e seu processo de feitura do ordenamento jurídico, respeitam as regras gerais de direito internacional, com a formação de um consenso entre seus estados-membros (GRIMM, 2016, p. 274). Essa opção dos Estados europeus de se integrarem na União Europeia, levaram os poderes constituintes reformadores dos Estados-membros a adequarem seus ordenamentos constitucionais à nova realidade unionista. No exemplo lusófono, a previsão se encontra no art. 8°, n° 4, da Constituição da República Portuguesa, que destaca expressamente os poderes de um organismo internacional, no caso a União Europeia:

> Art. 8°, n°4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. (PORTUGAL, 1976)

Contudo, a realidade europeia é um processo de décadas de projeto europeu, com início ainda nos anos 60, com o acórdão Costa vs. Enel, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias[11] que definiu o princípio do primado do direito da União, este definidor de sua prevalência sobre o direito dos estados-membros que versem do mesmo tema (TJCE, 1964, p. 555). E, em que pese a construção de longa data de um pensamento jurídico que releva a soberania dos povos em nome de um direito integrativo supranacional e também dos direitos fundamentais, desde que o Tratado de Lisboa elevou a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ao nível dos tratados fundacionais, como o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ainda há resistência na jurisprudência dos tribunais constitucionais nacionais e em sede de doutrina. Portanto, a inserção de uma

[11] Hoje nomeado como Tribunal de Justiça da União Europeia.

limitação de soberania, ainda que de maneira fluída, nos ordenamentos de Bolívia e Venezuela não poderia ocorrer de maneira forçada e célere. Pelo contrário, deveria ser produto da vontade soberana dos povos boliviano e venezuelano.

No campo econômico, por sua vez, a influência estrangeira através de embargos causa, inclusive, violações de direitos humanos na Venezuela, com destaque para o quadro da saúde pública (ZAKRISON; MUNTANER, 2019, p. 2586). Ainda sobre a realidade internacional, a quarta dimensão do golpe se cinge à formação de uma integração. No caso, uma integração conservadora e de matriz autoritária, que busca desestabilizar democracias de orientações políticas contrárias às suas. Um exemplo desta integração autoritária é o Grupo de Lima.

Dada as quatro dimensões dos golpes latino-americanos, é possível observar sua estratégia política. A emergência de um Poder Constituinte Informal, sem participação do popular, acaba por ser a via mais fácil de acesso ao poder. Sobre o conceito de poder constituinte informal, Paulo Otero (2017), referindo-se ao contexto português e europeu, define-o como um poder gerador de uma normatividade constitucional não-oficial (p. 237); um poder difuso, anônimo[12] e político (p. 182), sem titularidade definida (p. 181) e presente em todas as experiências constitucionais ocidentais.

E porque o Poder Constituinte Informal é um poder? A resposta repousa justamente no fato de que tal poder se trata de uma força que exerce alterações de fato na ordem jurídico-constitucional do Estado. É dizer, é informal pois carece de previsão expressa na Carta política. Por tal motivo, atua sob o manto da arbitrariedade e fora das regras claras da institucionalidade pré-definida. Atua, assim, à margem da própria ideia-força da democracia liberal e do constitucionalismo liberal, que privilegiam a clareza e a previsibilidade do ordenamento jurídico. Portanto, o Poder Constituinte informal, em sua essência, traduz-se como fator de erosão não somente do constitucionalismo transformador, mas das próprias bases da democracia liberal.

Na América Latina, essa constatação da existência de poderes constituintes informais aclimatou-se. Uniu-se às tentativas de grupos autoritários de desjuridificar e também de desconstitucionalizar a constituição. Nesse diapasão, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades (BERCOVICI, 2004, p. 18), traduzindo-se num processo de neocolonização e de destruição das identidades constitucionais

[12] Grafia portuguesa: "anónimo".

produzidas a partir dos movimentos oriundos do constitucionalismo dito transformador.

CONCLUSÃO

A América Latina enfrenta um movimento político-jurídico que anseia a chegada ao poder através do ataque às instituições democráticas. A manipulação do Direito como forma de orientar a opinião pública é um dos mecanismos mais eficazes e que "atuam dentro e fora da institucionalidade estatal" (BELLO, 2019, p. 1).

Há tentativa em curso de se criar um verdadeiro Poder Constituinte Informal, sem que o povo seja o fator que transmita o poder soberano através do Poder Constituinte Originário ou Poder Constituinte Reformador. O artigo conclui que os países da América Latina que ainda gozam de mais estabilidade econômica e social, devem incluir na ordem do dia a discussão sobre a existência de um Poder Constituinte Informal e dimensionar em que medida este pode ser prejudicial para a ordem democrática, ainda mais ao analisar a conjuntura política de retorno aos processos golpistas que "desrespeitam o próprio andamento democrático" (JÚNIOR, 2017, p. 200).

Desse modo, é importante retomar e destacar as dimensões que o caminho para a erosão democrática toma para si como estratégias de golpe de Estado:

a) a elaboração de um discurso que atinja a esfera pública nacional.

Trata-se de uma fase preparatória e que busca reagir aos opositores democraticamente eleitos, numa tentativa de organizar uma crítica aparentemente válida a todo o sistema constituído. Criam-se, via de regra, enunciados jurídicos e midiáticos.

b) A inserção dos problemas locais em um debate público internacional.

c) A criação de uma coesão discursiva.

Pode-se definir como a criação de um "mínimo denominador comum" entre as forças opositoras.

d) A inserção de caracteres de direito estrangeiro.

Há, aqui, o objetivo de minar a legitimidade e a validade dos ditames direito nacional, mobilizando-se política e acriticamente o direito estrangeiro.

e) A formação de uma integração.

Nos casos narrados de Bolívia e Venezuela, há uma integração conservadora de matriz autoritária.

Tal integração encontra-se espalhada pelo continente latino-americano, tendo proporcionado uma série de golpes de Estado na região. É ainda preciso dizer que essa espécie de integração tenciona uma blindagem antidemocrática da constituição e do Estado de Direito o que impõe, por si só, a necessidade que a teoria do direito possui de repensar os mecanismos de blindagem antiautoritária (OTERO, 2001, p. 263), evitando o vigor destes grupos. Esse processo de blindagem só pode ser possível com a afirmação de novos pactos sociais que valorizem a manutenção da democracia, de modo a evitar momentos vindouros de colonização.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ronaldo. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. Novos estud. CEBRAP, São Paulo , v. 38, n. 1, p. 185-213, Apr. 2019 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002019000100010&lng=en&nrm=iso>. access on 30 Jan. 2021. Epub May 06, 2019. https://doi.org/10.25091/s01013300201900010010.

BELLO, Enzo. Constituição e política na Venezuela: Um balanço da conjuntura contemporânea . *Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/7661/pdf>>. Acesso em 24/02/2020.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n° 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>>. Acesso em 26. Fev. 2020.

BIANCONI, Giulliana. *NA BOLÍVIA, PROTESTOS BANALIZAM O MAL COM CORTE DE CABELO FORÇADO DE PREFEITA*. Revista Época. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/coluna-na-bolivia-protestos-banalizam-mal-com-corte-de-cabelo-forcado-de-prefeita-24070607>>. Acesso em 14/01/2021.

BOHÓRQUEZ, Carmen. "Los límites del imperio, la revolución bolivariana y el socialismo del siglo XXI". In: CAROSIO, Alba; LÓPEZ, Anais;

BRACAMONTE, Leonardo (coords.). *Antología del Pensamiento Crítico Venezolano Contemporáneo*. Buenos Aires: CLACSO, 2015. p. 363-387.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado - 2009. Washington: Organization of American States, [20-]. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>>. Último acesso em 21. Fev. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*. 2a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Nathalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 11-26.

BRASIL DE FATO. *Golpe na Bolívia*: *Senadora opositora Jeanine Áñez se autoproclama presidenta*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/11/12/golpe-na-bolivia-senadora-opositora-jeanine-anez-se-autoproclama-presidenta>>. Acesso em 15/01/2021, 18:23:54.

BRUM, Maurício. O QUE ELON MUSK QUER COM A BOLÍVIA?. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/08/13/elon-musk-bolivia-evo-morales-litio/>>. Acesso em 30/01/2021, 16:34:28.

CHALOUB, Jorge; LIMA, Pedro Luiz. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do componente jurídico do golpe de 2016 no Brasil. In: Revista de Ciências Sociais. Fortaleza, v.49, n. 1, p.202-252, mar./jun., 2018.

COLOMBO, Sylvia. *Líder feminista vê presidente interina da Bolívia como retrocesso para mulheres*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/11/lider-feminista-ve-presidente-interina-da-bolivia-como-retrocesso-para-mulheres.shtml>>. Acesso em 14/01/2021, 16:56:11.

CHACHAKI, Waskar Ari. Construyendo la Ley de Indios: un proceso de descolonización en Bolivia (2014). In: CUSICANQUI, Silvia Rivera; SORIA, Virginia Aillón (coords.). *Antología del pensamiento crítico boliviano contemporáneo*. Buenos Aires: CLACSO, 2015. p. 211-241.

DALMAU, Rúben Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da Constituinte no Brasil. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte Exclusiva: um novo sistema político é possível*. 1a edição. São Paulo: Editora Expressão Popular. 2014. p. 20-26.

DALMAU, Rubén Martínez. Venezuela: Finding the relationship between E-voting and Democracy. In: MAURER, Ardita Driza; BARRAT, Jordi (eds.). *E-Voting case law: a comparative analysis*. Dorchester: Ashgate, 2015. p. 261-277.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Crisis de Estado: violación de derechos humanos en Bolívia. La Paz, 2019.

DOURADO, Ana Paula. Direito Fiscal: lições. Coimbra: Almedina, 2016.

EL PAÍS. "La biblia vuelve a entrar a Palacio": Jeanine Añez, presidenta interina de Bolivia. Bogotá, disponível em: <<https://www.elpais.com.co/mundo/la-biblia-vuelve-a-entrar-a-palacio-jeanine-anez-presidenta-interina-de-bolivia.html>>. Acesso em 14/01/2021, 16:43:59.

ELLNER, Steve. Class Strategies in Chavista Venezuela: Pragmatic and Populist Policies in a Broader Context. *Latin America Perspectives*, Thousand Oaks, Issue 224, Vol. 46, n° 1, January 2019, p. 167–189. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0094582X18798796#articleCitationDownloadContainer>>. Acesso em 06. Fev. 2020.

FALBO, Ricardo Nery. A contribuição da Teoria Crítica para o Direito. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). Metodologia da Pesquisa em Direito. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 15-32.

FILHO, Gabriel Barbosa de Oliveira Filho. Resenha: a relevância do constitucionalismo boliviano para os juristas brasileiros. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 1145-1150, maio 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/33076/24222>. Acesso em: 30 jan. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. Para assumir, Guaidó evoca três artigos da Constituição da Venezuela; entenda, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/01/para-assumir-guaido-evoca-tres-artigos-da-constituicao-da-venezuela-entenda.shtml>>. Acesso em 27/01/2021, 18:35:02.

G1. Entenda a crise política na Bolívia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/11/11/entenda-a-crise-politica-na-bolivia.ghtml>>. Acesso em 14/01/2021, 14:24:40.

_____. Evo renuncia à presidência: veja a cronologia da crise na Bolívia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/11/10/evo-convoca-eleicoes-veja-a-cronologia-da-crise-na-bolivia.ghtml>>. Acesso em 14/01/2021, 17:45:01.

GRIMM, Dieter. Constitutionalism: past, present and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GUROVITZ, Hélio. *A lição da Bolívia para a região*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/blog/helio-gurovitz/post/2019/11/11/a-licao-da-bolivia-para-a-regiao.ghtml>>. Acesso em 14/01/2021, 18:05:08.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática* . Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JÚNIOR, Gladstone Leonel. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Un estudio sobre Bolívia.* . La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia Con el apoyo de Oxfam, 2016. Disponível em: <<https://www.academia.edu/38126975/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_un_estudio_sobre_Bolivia>>. Acesso em 26/02/2020.

_____. Os limites no novo constitucionalismo latino-americano diante de uma conjuntura de retrocessos. *Abya Yala - Revista sobre acesso à Justiça e Direitos nas Américas*. 2a ed, Brasília, 2017. p. 200-208. Disponível em: <<https://www.academia.edu/38127090/Os_limites_no_novo_constitucionalismo_latino-americano_diante_de_uma_conjuntura_de_retrocessos>>. Acesso em 10. Fev. 2020.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 7-24. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624092356/4_Lander.pdf>>. Último acesso em 26. Fev. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como morrem as Democracias*. Amadora: Vogais Editora. 2019.

LINERA, Álvaro García. *La potencia plebeya: Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y CLACSO, 2009.

MOUNK, Yascha. *The People vs. Democracy: Why our freedom is in danger and How to save it*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

OUALALOU, Lamia. Los evangélicos y el hermano Bolsonaro. In: a Nueva Sociedad, No 280, marzo-abril de 2019, ISSN: 0251-3552, Disponível em: <www.nuso.org>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Análisis de Integridad Electoral: Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia. Washington, 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sap/deco/Informe-Bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20-%20Analisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20(OSG).pdf>>. Acesso em 15/01/2021, 18:34:59.

OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária*. 1a edição. Cascais: Principia, 2001.

_____. *Direito Constitucional Português*. Vol. I (Identidade Constitucional). Coimbra: Almedina. 2017.

_____. *Direito Constitucional Português*. Vol. II (Organização do Poder Político). Coimbra: Almedina. 2010.

PANAIT, Iani; MELO; Robert George Otoni de. O Despertar Do Gigante: Reflexões Sobre O Poder De Agenda Do Presidente Em Períodos De Crise. In: Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, Rio de Janeiro, vol. 6, 2018.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática, entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. Tradução: Ilana Aló. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 102-124, 2016. Disponível em:< http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 26. Fev. 2020.

PIÑERO, María Teresa. Democracia y neoliberalismo en la región: Paraguay y el golpe. *Estudios digital*, [S.l.], n. 31, p. 101-113, nov. 2014. Disponível em: <https://revistas.psi.unc.edu.ar/index.php/restudios/article/view/9410/10148>. Acesso em: 21 Feb. 2020.citado em 30/01/2021.

R7. Quem é Juan Guaidó, presidente autoproclamado da Venezuela que será recebido por Bolsonaro? 2019. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/quem-e-juan-guaido-presidente-autoproclamado-da-venezuela-que-sera-recebido-por-bolsonaro-28022019>>. Acesso em 20/01/2021, 13:32:42.

RUNCIMAN, David. *How Democracy Ends*. New York: Basic Books. 2018.

SEABRA, Raphael. A revolução venezuelana: chavismo e bolivarianismo. *Sociedade e cultura/Universidade Federal de Goiânia*, vol. 13, n° 2, Goiânia, pp. 211-220, jul/dez de 2010.

SMILDE, David; RAMSEY, Geoff. El difícil camino hacia adelante: Venezuela y el grupo de contacto internacional. Analisis Carolina, Madrid, Vol. 1, p. 1-12, 2019.

SOLER, Lorena. Golpes de estado en el siglo XXI : un ejercicio comparado Haití (2004), Honduras (2009) y Paraguay (2012). Cadernos Prolam/USP, São Paulo, vol. 14, n° 26, p. 79-92, 2015.

SUNSTEIN, Cass. *#Republic: Divided democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

TJCE. Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.07.1964. Processo n° 6/64.

TSJ. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. En sala plena: Magistrado Ponente: Dr. JUAN LUIS IBARRA VERENZUELA. Expediente AA10-L-2019-000026. Disponível em: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/tplen/mayo/304697-17-2519-2019-2019-000026.html. Acesso 27/01/2021, 19:16:11.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. *Congratulations to Bolivian Senator Anez for Assuming the Role of Interim President*. Washington: Department of State, 2019. Disponível em: <<https://www.state.gov/congratulations-to-bolivian-senator-anez-for-assuming-the-role-of-interim-president/>>. Acesso em 14/01/2021, 15:21:09.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela - 1999. Caracas: Ediciones de la Asamblea Nacional, 2009. Disponível em: <<http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/ CONSTITUCION.pdf.>> Acesso em: 21. Fev. 2020.

WOLFF. Jonas.. The political economy of post-neoliberalism in Bolivia: policies, elites, and the MAS government. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, n. 108, p. 109-129. Mannheim, 2019. Disponível em: <<https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/66257>>. Acesso em 01. Fev. 2020.

ZAKRISON, Tanya; MUNTANER, Carles. US sanction in Venezuela: help, hindrance or violation of human rights? www.thelancet.com. Vol 393, June 29, 2019. Disponível em: <<https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2819%2931397-2>>. Acesso em 26. Fev. 2020.

PANDEMIA EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO O LA TEOLOGÍA DE LOS POPULISMOS: tres pecados y una penitencia a modo de conclusión

José Antonio Sanz Moreno
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España, jasanzmo@ucm.es

Resúmen: La paradoja fundante del constitucionalismo acentúa las tensiones actuales en la democracia. Pero, a pesar del triunfo de Joe Biden, todavía es pronto para saber si la pandemia será el comienzo del fin de la era populista o la tumba de la democracia constitucional. Por ello mejor centrarse en los *Tres Pecados del Populismo* y, a modo de conclusión, proponer nuestra penitencia: *Primer Pecado*, el *Original* de la paradoja poder constituyente/poderes constituidos; *Segundo*, el *Pecado Capital* de la definición del populismo como renovación de una teología política que tiene en el antagonismo amigo-enemigo de Carl Schmitt su fundamento expreso u oculto; y *Tercer Pecado*, el *Mortal* que puede representar, singularmente en España, tanto un populismo jurisprudencial como la concepción decisionista - con engarce popular- de los nacional-populismos. Y nuestra respuesta en forma de terapia: la superación de los dogmas populistas desde un concepto intangible y pluralista de la democracia (autodeterminación en libertad con autogobierno/s colectivo/s). Frente a la polarización sólo cabe hacer pedagogía ante una ciudadanía atraída por la exaltación del poder sin límites del pueblo que predican o imponen, a derecha e izquierda, los populismos.

Palabras-clave: populismos, teología política, constitucionalismo democrático, pedagogía.

Abstract: The original paradox of constitutionalism underlines the actual tensions in our democracies. However, it is too early to know whether the pandemic would be the beginning of the end of the populist era or the grave of constitutional democracy. Therefore, it is better to focus on the *Three Sins of Populism* and, at the end of the day, we could propose our penance: *First*. The *Original sin* of the *constituant/constitué* paradox; *Second*. The *Cardinal sin*, i.e., our populist definition as the renewal of a political theology under the (explicit or hidden) friend-enemy antagonism by Carl Schmitt; and *Third*. The *Mortal sin* of these two problems under the Spanish constitutional order: on one hand, the jurisprudential populism, and, on the other hand, the decisionist conception – with its popular claims- of national-populism. From there, the conclusions are our best constitutional therapy: we must overcome populist dogmas from an intangible and pluralist concept of democracy (human self-determination in liberty with collective self-government/s). When many citizens are attracted by the exaltation of the

unlimited power of the people, as – right or left- populists preach and impose, the only effective instrument ought to be more and more pedagogy to defend and save our constitutional democracy and inviolable rights.

Key-Words: populisms, political theology, democratic constitutionalism, pedagogy.

INTRODUCCIÓN

Los populistas han vuelto para quedarse si es que alguna vez se fueron. Y de poco sirve buscar sus antecedentes modernos, tal y como parecen empeñados tantos académicos – principalmente del mundo anglosajón– sólo en los *narodniki* rusos prerrevolucionarios o en el *People's Party* norteamericano. En estos tiempos populistas del nuevo milenio conviene mucho más mirar al sur y, en concreto, a Latinoamérica. Y aquí, tras la victoria frente a los fascismos, el peronismo argentino nos mostró los nuevos usos populistas.

Bajo el nacionalismo fascismo y populismo pueden encontrarse, pero no cabe confundirlos. El fascismo es elitista, desconfía del pueblo, reniega de la democracia y sublima el recurso a la violencia. En cambio, el populismo se identifica con un pueblo sacralizado y exalta una "democracia" mayoritaria o electoral, aunque - en principio– no abusa de la violencia (FINCHELSTEIN, 2017). Frente a la dictadura fascista, la totalización teológica del poder, su ejercicio mesiánico-*re*presentativo y las respuestas autoritarias serán las recetas populistas en su asalto institucional y hegemonía política. Si los fascistas practican la anti-política en su desprecio a las masas y a la democracia, los populistas, en su (re)construcción (anti)democrática del pueblo y como teología política del antagonismo social, bendicen a 'su pueblo' y condenan, demonizando, como anti-pueblo a todo integrante formal y a toda diversidad humana que se les oponga. O mejor, en su identificación de la voz del pueblo como la voz de dios, los estigmatizan como a*teos*: a*demos* deslegitimados como parte y, por tanto, no pueblo o externos al nuestro.

Para llegar aquí se ha recorrido un largo camino que viene de lejos. El constitucionalismo retóricamente recogió el pacto constituyente en el principio y origen de la comunidad política, pero lo superaba con la supremacía de la Constitución y su *rule of law*. En cambio, el populismo seguirá anclado en ese momento excepcional y lo convertirá en ordinario, confundiendo poderes constituidos con constituyente y viceversa, es decir, la soberanía popular como titular supremo, pero también ordinario, del poder. Por eso el constitucionalismo

democrático debe resolver definitivamente su paradoja fundante si quiere sobrevivir a la pandemia del populismo. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, entre el pueblo (titular ilimitado del poder) y sus ciudadanos e instituciones (sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento), alienta a los populistas de ambos lados del Atlántico: todos proclaman la usurpación de la soberanía popular y reclaman su devolución o posesión legítima. Como respuesta ante la globalización, el populismo, con su recuperación de un término que parecía anacrónico y con su revuelta por la glorificación de la soberanía al pueblo, parece empeñado en su ascendente teológico.

En este contexto, e independientemente de la dificultad definitoria del populismo, proponemos el estudio de los tres pecados que nos permiten delimitarlo por su relación con el constitucionalismo democrático:

- *Primer pecado*, el *original* de la propia contradicción constituyente (Loughlin, Walter) y, además, su uso/abuso populista para agasajar al pueblo.

- *Segundo*, el *pecado capital* de nuestra concepción del populismo - no como cara redentora de la democracia (Canovan), tampoco como ideología débil (Mudde) o construcción moralista del pueblo (Müller), y menos en su identificación con la política (Laclau) o bajo la oposición liberalismo *vs*. democracia (Mouffe)-, sino como renovación de esa teología política que tiene en el antagonismo amigo-enemigo de Carl Schmitt su fundamento expreso u oculto (Arato, Cohen, Carlos de la Torre).

- *Tercer pecado*, el *mortal* que representa tanto una jurisprudencia constitucional criticable (neutralidad axiológica, visión democrática procedimental, reforma constitucional sin ningún límite material) como la concepción decisionista o rupturista del nacional-populismo cuando cuenta con apoyo popular, más o menos mayoritario, buscando su hegemonía (Cataluña, España, etc.).

Nuestra respuesta quiere poner en evidencia los presupuestos y dogmas manejados tanto por el constitucionalismo como por el populismo para su mejor superación, conscientes de su arraigo en amplios sectores de la población. Por eso proponemos un concepto - *intangible* y *pluralista*- de *democracia* como autodeterminación en libertad con autogobierno/s colectivo/s. Así, frente a la polarización que impulsa la nueva comunicación política y las redes sociales sólo cabe hacer pedagogía de la democracia constitucional. La ciudadanía se verá atraída por esa concepción populista que hace del pueblo la fuente original e ilimitada del

poder, pero también debe ser informada y educada para que cada vez sea más consciente de los riesgos que toda visión teológica de la política conlleva para la salvaguarda no ya del derecho (vigente), sino de los propios derechos (inviolables) en su dignidad personal y como ciudadanos.

1. Pecado original: la paradoja del constitucionalismo o el poder constituyente como omnipotente

Con el cambio de legitimidad de la modernidad, el pecado original del constitucionalismo democrático se convirtió en su paradoja fundante. El salto de la naturaleza divina y trascendente del poder de reyes, emperadores y papado, a la titularidad inmanente por el pueblo, no se terminó de desprender de la teología. La visión de la soberanía popular como omnipotente e ilimitada mantuvo su nexo inquebrantable con la teología, a pesar del esfuerzo neutralizador del liberalismo con su indefinición del poder y su separación en tres. La propia transformación del *rule of law* del Estado liberal en Estado social y democrático rompió con la distinción entre legislativo, ejecutivo y judicial para recoger la retórica de la dualidad del poder entre su titularidad (extraordinaria) y su manifestación (ordinaria), es decir, entre el Poder constituyente del pueblo (hacedor de la Constitución sin límite alguno) y los poderes constituidos (tanto los ciudadanos como los poderes públicos en su conversión jurídica y con su sujeción "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"[1]).

La paradoja del constitucionalismo se volvió en contra de la vida de su obra. Porque, precisamente, fueron los populistas los que más utilizaron esa contradicción para (de)mostrar el engaño ontológico que se había institucionalizado. Los movimientos populistas, tras la derrota del nazismo en la Segunda Guerra Mundial (principalmente en Latinoamérica, con el peronismo como referente paradigmático), o con la caída del muro de Berlín y el fracaso del comunismo (especialmente en Europa, pero también en los Estados Unidos), fueran del cuño ideológico que fueran, y tanto de izquierdas como de derechas, aceptaron la democracia electoral que les proporcionaba el constitucionalismo, pero exacerbaron sus contradicciones fundantes y existenciales. La antinomia entre el Poder constituyente del pueblo y los poderes constituidos de sus representantes estalló en su asalto y, en determinados casos, acceso e intento de perpetuación en el poder. Y lo hizo porque a una parte significativa (e, incluso, mayoritaria) del

[1] Tal y como recoge el Artículo 9.1. de la *Constitución Española* (CE).

pueblo le halagaba que le recordaran el dogma fundante del constitucionalismo y su usurpación institucional. Aquél que lo proclamaba soberano ilimitado: fuente original y última de todo poder estatal.

En este sentido es ilustrativa la reflexión que hace Xavier Domènech al comentar la salida kelseniana al problema de la soberanía desde el derecho internacional: respuesta al "pecado original de todo Estado liberal, formado por un poder constituyente y que, una vez constituido, niega a ese mismo poder constituyente la capacidad de transformarlo" (DOMÈNECH, 2020, p. 283). No, nosotros no hablamos de este pecado. Tampoco de la resolución jurídica al ejercicio del poder que recoge la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) en su, tantas veces repetido, Artículo 16[2]. El pecado original del Estado liberal más bien fue que la distinción de poderes en tres lo que buscaba era ocultar su indefinición sobre la titularidad del poder mismo, es decir, su resolución con carácter parlamentario y representativo pero censitario y, por ello, anti-democrático. Sin embargo, ahora estamos ante su mutación en Estado post-liberal: un Estado social y democrático que no divide el poder en tres, sino que parte de la distinción fundante que hemos denominado el pecado original o la paradoja del constitucionalismo democrático entre constituyente y constituidos (LOUGHLIN y WALTER, 2007)[3], pero que también es consciente de su retórica como reclamo popular y legitimación primigenia del poder político. Su conversión jurídica con la vigencia de la Constitución y como límites al ejercicio del poder así lo confirma. Y aquí claro que se podrá transformar su obra, pero no como poder constituyente constituido, sino como ciudadanos y poderes constituidos en funciones constituyentes: la reforma de la Constitución con el significado de ser un mecanismo de defensa, es decir, de adecuación a los nuevos tiempos.

En cambio, desde la paradoja del constitucionalismo, y con el mantenimiento de la distinción entre, por un lado, el poder constituyente, y, por otro, los ciudadanos y los poderes constituidos, se puede seguir afirmando, tal y como hace Martin Loughlin, lo siguiente: "Power vests ultimately in "the people""

---

[2] <<Toda sociedad donde no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución>>, o el concepto ideal de Constitución (SCHMITT, 1928, 1982, pp. 59-61).

[3] "Constituent power and constituted power exist in a dialectical relation, operating between *Staatsvolk* (the people as an active political agency) and *Staatsgewalt* (the institutional apparatus of governmental authority). Only in this dialectical form do they together constitute the state – what alternatively might be called the public sphere" (LOUGHLIN, 2010, p. 228).

(LOUGHLIN, 2014, p. 218). Ésta es la máxima que comparten tanto el constitucionalismo como el populismo. De ahí la tragedia de la modernidad. Colocar al pueblo en el lugar de dios, cuando era posible prescindir de la teología con el pueblo, pero volcado en el ser humano. Afirmar, tal y como hace Loughlin, que el poder constituyente precisa una dimensión de representación simbólica, puede que le sirva para salvar el concepto y volver a elevarlo a los altares del constitucionalismo. Pero, en nuestra opinión, cambia por completo el propio significado de poder constituyente que, en definitiva, no es más que, en su definición como soberano, la identidad del poder con su titularidad en el pueblo. Salvar el significante pero dotarlo de otro significado no clarifica los fundamentos jurídico-políticos. El método relacional de Loughlin puede que supere el decisionismo de Schmitt o el carácter incompleto y abstracto que atribuye a Heller. Pero decir que Schmitt no desarrolló su pensamiento del orden concreto y pretender completar su fracaso reformulando el concepto de poder constituyente es volver a una concepción monista y estatalista del poder, algo que el propio Schmitt entendió – al final de sus días y obras- como completamente inadecuado para fundamentar lo político y lo jurídico. Loughlin, con su método relacional, con su vinculación del simbolismo con la realidad, pretende anclar dinámicamente el discurso constitucional, pero lo que consigue es atornillarlo – de nuevo – a un pueblo y a su Estado, es decir, a su ser y estar, por una existencia cerrada en sí misma (LOUGHLIN, 2014, pp. 231-233). Y, precisamente, el anclaje del populismo con la visión constitucional de pervivencia del concepto y significado original del poder constituyente será el reclamo que todo populista explotará para amarrar su concepción del poder con el constitucionalismo democrático y, desde aquí, romper con sus límites.

2. Pecado capital: el populismo como teología popular

El segundo pecado es el capital, es decir, nuestra propia definición del populismo como teología popular. No vale de mucho el autobombo académico que se empeña en lograr una definición exhaustiva del populismo para describir la realidad política de antes y ahora.

Para definir el populismo del siglo XXI ni nos sirve de mucho la doble cara de la democracia de Canovan (1999, pp. 2-16; 2005), ni la definición ideológica de Mudde y Rovira (2007, pp. 5-7). Más aún, tampoco creemos adecuada una concepción deontológica con la división moral del populismo entre un pueblo bueno y una élite malvada, tal y como subraya Müller (2016, pp. 3-4 y 101-103).

En cambio, desde las investigaciones de Arato (2016, 2017, 2019)[4], Cohen (2019) o Carlos de la Torre (2016, 2017, 2018, 2020)[5], y teniendo como referentes del pensamiento populista la "razón" de Ernesto Laclau (2005) y el populismo de izquierdas de Chantal Mouffe (2018), nuestra revisión conceptual se engarza en la compresión schmittiana de lo político como confrontación existencial de amigos contra enemigos. O, singularmente, en su fundamentación teológica como soberanía popular ilimitada que, desde la situación excepcional, crea constitución y derecho con su decisionismo constituyente (SANZ, 2019, 2020).

Así, siguiendo a Arato, y parafraseando la famosa máxima del modelo USA "*the Constitution means what the Supreme Court says it means*", el populismo significaría lo que cada teórico del populismo dice que significa. El problema, como recoge Arato, es que - salvo Laclau y, añadimos nosotros, Mouffe- no hay verdaderos teóricos populistas salvo los dos citados (ARATO, 2019a, p. 1107). En cambio, la conclusión sobre la forma de ver el pueblo por los populistas se expresa en su siguiente afirmación: "The people' of populism is clearly an idol or a god both false and non-existent" (ibid., p 1110). O mejor, desde la concepción de Laclau, Arato formula su definición del populismo como identidad política (2019b, p. 326), y, además, subraya su crítica a los trabajos de Mudde y Müller por tratar de prescindir de la encarnación populista a través del liderazgo (ibid., nota 26, p. 326). Aunque, a nuestro entender, el populismo, más que identidad política, sería esa nueva teología popular, es decir, la traslación a la política de una teología que - en analogía con el monoteísmo- identifica al pueblo como titular ilimitado del poder y, por ello, es dios terrenal de la política. De aquí que consideremos "inevitable" y no sólo "muy extendido", tal y como lo formula Arato, que los movimientos populistas o, al menos, muchos de sus miembros, teologicen algunas o todas las dimensiones del populismo "by evoking fragments of a political theology analogous to elements of monotheism" (ibid., p. 327).

Por su parte Cohen también nos ilustra sobre el fenómeno populista al mantener que "on populist logic the people's democratic will cannot be limited or divided". Y más adelante remarca lo siguiente: "The pars pro rhetoric and friend/enemy logic means populists cannot accept the legitimacy of other parties for it claims to embody the authentic people and their unitary will" (COHEN, p.

[4] Compartimos su definición del populismo 'as a political theology with authoritarian implications' (ARATO, 2016, p. 11).

[5] "Los líderes populistas sostienen que ellos y solo ellos representan al pueblo y los otros no son parte de lo popular y son sus enemigos" (DE LA TORRE, 2017, p. 147).

1087 y p. 1097). Desde la no división y la no limitación a la voluntad popular, los populistas - a pesar de ser parte- se consideran todo y en su delirio schmittiano se auto-atribuyen toda la legitimidad, privando al resto de partidos o a los no populistas de ella, al tiempo que identifican su posible victoria (contingente en las urnas y como mayoría constituida) con el reencarnación del propio poder constituyente.

Por otro lado, tal y como afirma Carlos De la Torre, podría ser conveniente "en lugar de buscar el concepto preciso de populismo…enfocarse en lo que hacen los populistas". Y, no obstante, no podemos asumir del todo ni lo anterior, ni tampoco su conclusión final: "No se encontrará un consenso sobre qué es el populismo porque los debates sobre el populismo son debates sobre la democracia" (DE LA TORRE, 2020, p. 77). A nuestro juicio, aunque lograr un concepto preciso o cerrado de lo que sea el populismo no lo estimamos ni obligado, ni factible, sí podemos intentar clarificar algo estos tiempos populistas. Pero, más que sobre la democracia, los debates sobre el populismo lo son frente a la democracia constitucional. Y aquí, desde nuestra visión teológica es dónde aparecería el fundamento conceptual de todo populista que presentamos como tal (e, incluso, de los discursos o retóricas que otros líderes o movimientos *a priori* no populistas utilizan), independientemente de lo que hagan o dejen de hacer o de sus grandes diferencias y respuestas ante los mismos problemas, tal y como la pandemia del coronavirus ha podido evidenciar.

De ahí nuestra apuesta definitoria, a pesar de los riesgos que toda pretensión conceptual acarrea sobre aquellos que quedan fuera, aunque se suelan denominar como tales o puedan quedar dentro y se clasifiquen de otra forma. El populismo como teología política se condensa en la visión trina del cristianismo. Tres formas distintas y un solo dios verdadero: padre, hijos y santo espíritu. Padre omnipotente: el *pueblo/todo*, origen del poder y constituyente sin sujeción a límite alguno. Hijos a su imagen: los *populistas/parte*, los integrantes del pueblo que, aunque una fracción, se identifican con el conjunto del pueblo y dan o quitan carnets de pertenencia a ese pueblo elegido. El santo espíritu, que deja de ser paloma y se convierte en águila bicéfala: *líder/uno* cuya voluntad confirma ser la voluntad popular.

Por eso la mejor definición populista se condensa en la máxima latina *vox populi, vox Dei*. O, volviendo a Schmitt, en su *Verfassungslehre* (1928) ya había dicho que: "según la lógica democrática, sólo ha de tenerse en cuenta la voluntad del pueblo, porque Dios, en el campo de lo político, no puede aparecer más que

como el Dios de cierto pueblo. Eso significa la frase *vox populi, vox Dei*" (SCHMITT, 1982, p. 233).

Y, a pesar de lo manifestado por Hans Kelsen ("the slogan vox vopuli vox dei has never been taken too seriously" KELSEN, 1955, p. 30), tanto a Schmitt como a sus seguidores populistas – sabedores de su influjo, o que lo ocultan o ignoran-, hay que tomarles tan en serio como los riesgos que pueden generar para la democracia (SANZ, 2020, p. 324). Porque, precisamente, los movimientos populistas convierten esa sentencia en su propia solución definitoria: el dogma teológico del pueblo como origen de todo poder se manifiesta como voluntad del pueblo sin freno. La voz del pueblo como voluntad ilimitada y divina. Si "sólo ha de tenerse en cuenta la voluntad del pueblo", la obsesión del populista será que o el mismo la encarna y manifiesta o, en todo caso, que cualquier otra forma de expresión es fraudulenta e ilegítima. El mal perder de Trump ejemplifica lo dicho: no era necesario demostrar el fraude. Toda victoria que no sea la suya es un fraude en sí misma, porque sólo él representa el verdadero pueblo americano y plasma su voluntad como ungido redentor. Y que muchos lo crean – a pesar de la falta de pruebas para revertir el resultado electoral- demuestra lo arraigado que en tantos ciudadanos norteamericanos está esa visión schmittiana y populista de pueblo elegido por Dios y, en este caso, con identificación expresa de la voluntad popular (verdad/divina) con la de la parte populista y, por ello, con la de su líder. La degradación democrática con el asalto al Capitolio alentado por el propio presidente saliente, pero todavía en ejercicio, muestra el riesgo extremo que el nacional-populismo supone para el constitucionalismo en todo el mundo. El día de reyes convertido en caos en la república ante la única verdad que tiene valor, independientemente de los hechos o del derecho: la que quiere imponer el líder teológico-populista, la suya propia.

Por eso, y desde nuestra definición del populismo, a pesar de lo manifestado por tantos académicos sobre la confluencia entre éste y la democracia, o, sobre los *pros* y *contras* que - sea desde la oposición, sea desde el gobierno o como régimen con pretensiones de permanencia/eternidad- pudiera suponer para la regeneración de la democracia liberal, mejor subrayar desde el principio su misma confrontación con el constitucionalismo democrático. Por tanto, el rechazo anti-pluralista que todo populismo ampara con su unidad popular y volitiva para la propia definición del pueblo, se conjuga en absolutismo frente al constitucionalismo como límite al poder.

Precisamente fue Kelsen el que nos enseñó – en su clásica polémica con Schmitt sobre ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?– la función política de la Constitución: establecer límites jurídicos al ejercicio del poder (KELSEN, 1931, 2019, p. 303); y, claro, también, podemos añadir ahora, del propio pueblo en su función constituyente. Por esa razón el populismo se convierte en enemigo existencial de la Constitución democrática. La pretendida vinculación democrática del populismo se reduce a la mera definición procedimental y electoral de la misma, es decir, la democracia entendida como simple aritmética electoral y suma de votos, bajo la égida del principio de mayoría. Sobre la neutralidad axiológica de una democracia formal o de técnica electoralista, el cómputo matemático de los sufragios posibilitará el acceso al poder de los movimientos populistas, y siguiendo la retórica rousseauniana de la voluntad popular soberana, incluso "la dignidad de la persona" y "los derechos inviolables que le son inherentes" perderían su naturaleza como "fundamento del orden político y de la paz social" (Artículo 10.1 CE) y, por lo tanto, cederían o desaparecerían ante semejante voluntad.

Desde aquí sólo cabe resaltar el carácter intrínsecamente antidemocrático que muchos movimientos populistas terminan por generar. Porque la democracia, a pesar de su simplicidad etimológica, a pesar de su gobierno del pueblo, precisa definir qué sea ese pueblo y, por ello, se realiza desde los individuos que lo integran y, como tal, o parte del auto-gobierno individual y sus libertades y derechos o nos puede conducir a la dictadura democrática. Y, por más que se empeñe Schmitt (1921, 1985), la dictadura no es democracia y ésta no puede confundirse con aquélla. Pero, precisamente fue este jurista alemán el que, en su periodo más decisionista de entreguerras[6], confundió la definición constitucional desde su adjetivación absoluta real (Constitución de Estado como unidad política de un pueblo) y en su determinación positiva (decisión constituyente sobre concreta forma de ser de esa unidad política existente, SCHMITT, 1928, 1982, pp. 29–36 y pp. 45-49). Sin embargo, la única definición que precisábamos era hacer democrática la Constitución liberal y a la Constitución definirla como límite jurídico al poder político. Sólo desde aquí se puede distinguir la democracia de la dictadura. Y, por ello, la Constitución como norma jurídica suprema que impone procedimientos, pero también ampara principios y valores, derechos y obligaciones, a todo ejercicio legítimo del poder, no puede ser democrática si pierde su fundamentación material.

[6] Por no hablar de su manifiesto nazismo tras el ascenso de Hitler al poder en 1933…

3. Pecado mortal o populismo jurisprudencial

El denominado tercer pecado podría ser mortal para la democracia y, particularmente, en España. Pero no se trata de exponer aquí los desafíos desbordantes que suponen para el modelo democrático los nacionalismos e independentismos rupturistas – principalmente desde Euskadi y, más todavía en los últimos años, con el *procés* en Cataluña-, o la irrupción de *Vox*[7] como su reverso desde el nacionalismo estatal más excluyente: son tan evidentes en su ataque frontal al orden vigente como para hacer innecesaria, ahora, una descripción o estudio más pormenorizado.

De sobra es conocido que, jurídicamente, por muy mayoritario que fuera el sentimiento nacional diferencial, la lucha por la autodeterminación externa o la búsqueda de la independencia de una parte del territorio español sólo puede tener anclaje constitucional desde la reforma de la Norma Suprema. El derecho internacional no valida rupturas unilaterales, salvo *justa causa*: base *injustificada*, a pesar de los intentos, en un sistema garantista con la autodeterminación interna de nacionalidades y regiones, en el desarrollo de su autogobierno, dentro del Estado territorial de las autonomías.

En cambio cabe examinar lo que hemos denominado *populismo jurisprudencial*: a saber, la incapacidad del Tribunal constitucional español (TCe) para realizar correctamente su función como defensor de la Constitución[8]. Desde la paradoja inicial y fundante del constitucionalismo, el TCe parece haber subrayado el significado absolutista del Pueblo/nación como Poder Constituyente y, en definitiva, la definición populista de la voluntad popular como no sujeta a límite material alguno. Y aunque la sentencia sobre el *Estatuto de Cataluña* no puede considerarse la madre de todos los males, tal y como se empeñan (sobre todo) los soberanistas catalanes en propagar a los siete vientos[9], en un proceso con

---

[7] Recalquemos ahora la "coincidencia" nada gratuita o anecdótica con nuestra propia máxima definitoria: *vox populi, vox Dei.*

[8] En su triple calidad orgánica: hermenéutica-preceptiva; órgano constitucional independiente; e institución jurisdiccional, única en su orden (Artículo 1 de la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*) y que declara la inconstitucionalidad legal.

[9] O de manera más sorprendente, si cabe, desde otros ámbitos y como ejemplo el siguiente del cabeza de lista en las elecciones generales de 2015 por En Comú Podem: "…lo más espectacular fue el hecho de que la sentencia se impusiera sobre una decisión paccionada entre dos Parlamentos – el de Cataluña y el de España- y refrendada vía referéndum por el pueblo catalán. Esto es lo que llevó a un jurista como Pérez Royo a

demasiados padres, irresponsables o necios (AMAT, 2017), sí estamos de acuerdo en el error mayúsculo que supuso hacer una cerrada y obsoleta interpretación del concepto de nación[10] y, casi peor todavía, llevarlo al fallo[11]. Que Cataluña pueda considerarse una nación pocos estudiosos de los nacionalismos, por no decir ninguno, lo negarían. Además, ese concepto no deja de ser siempre un artificio con elementos objetivos (lenguas, tradiciones, religiones, historias, etc.) y rasgos subjetivos (anhelos, educaciones o construcciones identitarias) que, desde los individuos, tiene su proyección colectiva, más o menos mayoritaria, o, más que menos, compartida por muchos, de identidad política singular, pertenencia común o solidaridad reforzada. Y, por si no fuera suficiente, ya se resolvió esta cuestión en el proceso constituyente con la inclusión del significante "nacionalidad" tanto para esa identidad colectiva diferenciada (Artículo 2) como, no olvidemos, para la propia ciudadanía española nacionalizada (Artículo 11 CE). Pero, en este país de auto-flagelantes, nos encanta volver a revolver lo incluso ya consensuado, asumido y proyectado política y jurídicamente[12].

hablar directamente de que el <<Tribunal Constitucional dio un golpe de Estado en Cataluña>>" (DOMÈNECH, 2020, p. 267), como si ambos - el historiador (político) y el jurista (que hace política)- no supieran que, a pesar de las deficiencias de un modelo que permitía entrar a juzgar la constitucionalidad de una reforma estatutaria refrendada por el pueblo de esa nacionalidad – por el protagonismo que adquiere el legislador extraordinario "*ratione supremitatis*", según terminología de Schmitt–, el orden constitucional español reconocía, en ese momento, tal papel al TCe como defensor de la CE frente al poder (legislativo).

[10] "... la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional" (STC 31/2010, de 28 junio, FJ 12), identificando ese sentido jurídico-constitucional con la titularidad de soberanía, en una concepción tan schmittiana, tan excluyente y arcaica, como para pretender que todo Estado sea mono-nacional, con su correlato, toda nación puede y debe formar su propio Estado: "Con frecuencia se consideran con igual significación los conceptos de Nación y Pueblo, pero la palabra <<Nación>> es más expresiva e induce a menos error. Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política" (SCHMITT, 1928, 1982, p. 96).

[11] Cuando el propio *Estatuto catalán* había sido tan cuidadoso y pulcro en esa cuestión como para recoger el término nación para Cataluña exclusivamente en su Preámbulo.

[12] Así lo recordaba el TCe: "La indisoluble unidad de la Nación española que afirma el art. 2 CE se combina con el reconocimiento del derecho de las nacionalidades y regiones a la autonomía. El derecho a la autonomía se encuentra así proclamado en el núcleo mismo de la Constitución junto al principio de unidad" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, respecto de la *Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015*, FJ 5).

Dicho esto, vistos con cierta perspectiva los hechos acaecidos estos últimos años y las cicatrices todavía por cerrar, también debemos subrayar lo aprendido. Como en todo sujeto colectivo, a pesar de la retórica sobre la plasmación democrática de los referéndums, la voluntad real de los catalanes será siempre plural, nunca una voz única e indiscutible. Y si esto es cierto sobre cada tema, cuando se traslada a una cuestión existencial en la que las mayorías están muy equilibradas, la supuesta voluntad popular la decantarían algunas minorías contingentes, la determinación específica de la pregunta o, peor aún, la evidencia de pueblos masivamente engañados. En definitiva, los referéndums pueden ayudar a la mejor participación en la democracia, pero también se pueden convertir en armas de destrucción (masiva) de la convivencia política y de la paz social.

Además, en derecho comparado, salvo algunas excepciones anecdóticas, no existen Constituciones que reconozcan el derecho de secesión. No hay derecho de secesión cuando, por un lado, el carácter democrático del Estado es claro, y, por otro lado, existe una forma procesal y pacífica de promover constitucionalmente una secesión. Como recordó la STC 114/2017, 17 de octubre, sobre la *Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del Parlamento de Cataluña, denominada "sobre el referéndum de autodeterminación sobre la independencia de Cataluña"*, el concepto *autodeterminación* tiene dos vías: *interna*, como autogobierno político, económico, social y cultural, bajo un sólo Estado democrático; y *externa*, como cauce unilateral sólo en casos singulares muy limitados (dominación colonial, pueblos anexionados por conquista, dominación u ocupación extranjera, o pueblos oprimidos por violación masiva y flagrante de sus derechos)[13]. Para el TCe la supuesta soberanía del pueblo de Cataluña es irreconciliable con la unidad de la nación española en la que se fundamenta la Constitución. Pero esta unidad quedaría mutada en el conjunto de los ciudadanos, libres e iguales en derechos, siendo éstos los que, hipotéticamente, podrían decidir sobre la permanencia y suerte del Estado común (Art. 168 CE); ya que lo que afecta a todos tendría, en su caso, que ser modificado y decidido por todos (FJ 5). Y también es evidente que el proceso unilateral hacía la independencia catalana fue una vía de facto inaceptable, protagonizada por un poder constituido que parecía no reconocer ningún límite. Sin embargo, en un Estado constitucional y democrático, incluso la soberanía popular debe reconocer límites. De ahí que la reiterada declaración jurisprudencial sobre una enmienda formal ilimitada de la Constitución no proteja la democracia, sino que la dinamita.

[13] Ver su FJ 3 y las referencias expresas que ahí se recogen del derecho internacional y también de la Unión Europea.

Por eso mismo, de la lucha del TCe contra el nacional-populismo y el soberanismo independentista, a pesar de sus méritos y del protagonismo asumido por la dejación de sus responsabilidades por otros órganos constitucionales, optamos aquí por remarcar sus errores o fracasos. Y, en particular, su desacertada sublimación de la paradoja constituyente desde una Nación volitiva que en el uso de su soberanía se dota de una Constitución[14]. Desde ahí y con la literalidad descontextualizada del Artículo 168.1 CE, la jurisprudencia del TCe realiza un flaco favor a la democracia, al rechazar todo fundamento material o axiológico en una revisión total del texto constitucional sin límite ninguno, salvo los procedimentales recogidos en el Título X *De la Reforma*[15]. Que a pesar de las influencias de la *Ley Fundamental alemana* o de las *Constituciones italiana*, *francesa* o *portuguesa*, la CE de 1978 no cuente con una cláusula de intangibilidad expresa[16] no significa que no la pudiera tener o que no la tenga implícita, y menos aún que no imponga límite material alguno a su reforma/revisión. Con semejante equivocación el defensor de la Constitución se convierte en su inesperado pirómano: una interpretación constitucional auto-destructiva tan letal como extraña al mejor constitucionalismo en democracia.

La paradoja fundante del constitucionalismo democrático se podría permutar por una legitimación totalizante del pueblo como poder soberano. Palabras del TCe: "En una concepción democrática del poder no hay más

[14] Preámbulo CE y su fundamento en la unidad de la Nación española del Artículo 2.

[15] "Precisamente por fundarse el Estado de Derecho en el principio democrático y por garantizarse la democracia misma a través de ese Estado de Derecho, la Constitución no constituye un texto jurídico intangible e inmutable. La previsión de la reforma constitucional,…, reconoce y encauza la aspiración,…, dirigida a conseguir que el poder constituyente constitucionalizado en los arts. 167 y 168 CE revise y modifique la norma fundamental" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5).

[16] "La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). "La Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su «revisión total» (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Asegura así que «solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución» (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2)" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 7); "Todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación... siempre que se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución... (SSTC 138/2015, FJ4, y 259/2015, FJ 7)" (ATC 24/2017, de 14 de febrero, FJ 8).

legitimidad que la fundada en la Constitución". Y por si no quedaba claro, un poco más adelante, tras definir al "pueblo soberano, concebido como la unidad ideal de imputación del poder constituyente", recuerda lo siguiente: "<<…la integridad de la Constitución ha de ser vista, …, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política>> (STC 42/2014, FJ 4 c))" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5). La visión del *Pueblo/Nación = Soberano/Poder Constituyente* como "fuente de toda legitimidad" que puede revisar sin límite material alguno su obra[17], construye una hermenéutica constitucional que proclama una "irrestricta libertad" para cualquier proyecto político, sólo sometidos - en su conversión en normas jurídicas- a los límites procedimentales recogidos para la revisión/reforma constitucional. Y concluye: "Otra cosa supondría liberar al poder público de toda sujeción a Derecho, con daño irreparable para la libertad de los ciudadanos" (FJ 7), cuando, precisamente, afirmar una libertad sin restricciones sería colocar al ciudadano en un estado de naturaleza fuera de la historia y autorizar al Poder Constituyente (sea del Pueblo/Nación que sea) su liberación de "toda sujeción a Derecho". Presentar una visión del Estado de Derecho no sólo procedimental, sino también anti-democrática, nos conduce al abismo. Desde ese vacío axiológico de la revisión total se posibilita cercenar o aplastar nuestras libertades y derechos, tanto en la dignidad personal como en nuestra calidad integral como ciudadanos. La irresoluble contradicción entre la supremacía incondicional de lo constitucional y la soberanía ilimitada del Poder Constituyente fue resuelta por el constitucionalismo democrático. Sin embargo, el TCe se empecina en reavivar una paradoja muerta, al rehabilitar para luchar contra la "razón" nacional-populista del proceso independentista en Cataluña su propia lógica populista.

Con esta línea argumental del TCe, por seguir meramente las reglas procedimentales del Título X CE cualquier proyecto político, por muy disparatado que fuera, podría convertirse en norma jurídica o, peor todavía, en precepto constitucional, como si sólo por transitar procedimentalmente cualquier disparate – discriminación por razón de raza, género, quiebra de derechos fundamentales, etc.– se pudiera lograr que tuviera no ya eficacia jurídica, sino validez jurídico-

[17] "El debate público, dentro o fuera de las instituciones, sobre tales proyectos políticos o sobre cualesquiera otros que propugnaran la reforma constitucional goza, precisamente al amparo de la misma Constitución, de una irrestricta libertad. Por el contrario, la conversión de esos proyectos en normas o en otras determinaciones del poder público no es posible sino mediante el procedimiento de reforma constitucional" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 7).

constitucional y democrática. Tamaña libertad incondicional, sin límite alguno, no es libertad, sino todo lo contrario. O, por ponerlo en los términos del constitucionalismo histórico español, desde esa "irrestricta libertad" para defender y plasmar cualquier concepción ideológica o religiosa, y siguiendo el procedimiento de revisión/reforma del Artículo 168 CE ¿se podría rescatar el monismo teológico que prescribiera la *Constitución de Cádiz* de 1812?[18] Y por qué no, desde esa libertad absoluta, cargarnos la democracia o volver al constitucionalismo de la restauración[19]. En fin, creo que no procede traer a colación más ejemplos como testimonios de una interpretación que rompe con cualquier posición que quiera tener no ya el calificativo de constitucional, sino de democrática.

Para resolver el problema del choque de dos visiones antagónicas y excluyentes sobre la legitimidad y la legalidad, el TCe genera - sin darse cuenta y, creemos, con poca premeditación- problemas que entran de lleno en la propia definición de lo político y lo jurídico en su concreción democrática. La literalidad del Artículo 168 con su desafortunada redacción sobre "la revisión total de la Constitución o una parcial" precisa de su comprensión en su contexto con el resto de los preceptos constitucionales y, en particular, con la misma función atribuida por el constitucionalismo democrático a la reforma. Junto con los diferentes modelos de justicia constitucional, la reforma sería el otro mecanismo para salvaguardar la *superlegalidad* (Hauriou), tanto formal como material, de la Constitución. La revisión/reforma constitucional, como instrumento de defensa en su adecuación al presente, no puede confundirse, tal y como nos enseñó el mejor Schmitt, con su supresión o destrucción (1928, 1982, pp. 115-116). En palabras de Josu de Miguel: "la inconsistente redacción del art. 168 CE no puede ser el canon interpretativo definitivo de la defensa de la democracia e incluso de la naturaleza de la Norma Fundamental" (DE MIGUEL, 2019, p. 115)[20]. La deficiencia

[18] Para entender el volumen del dislate de esta interpretación constitucional, recordemos el tenor literal de su Artículo 12: "*La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra*".

[19] Y a su definición interna de la legitimidad con un Jefe de Estado "*por la gracia de Dios Rey Constitucional de España*" (Preámbulo) o su conocida "*potestad de hacer las leyes*" que "*reside en las Cortes con el Rey*" (Artículo 18 *Constitución Española* de 1876).

[20] O con mayor actualidad y desarrollo: "(…), en numerosos amparos de políticos en prisión provisional se vuelve con firmeza a la idea de que la Constitución, como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*, bastando que en el uso del art. 168 CE el proyecto (¿cualquier proyecto?) de un orden constitucional alternativo se realice respetando los principios democráticos (por ejemplo, STC 136/2018). La

hermenéutica de esta jurisprudencia constitucional pone en peligro la supervivencia de la democracia constitucional. Luchar contra populismos teológicos (ej., el nacional-populismo del proceso unilateral de independencia de Cataluña y su forma de entender el propio *demos* en democracia como pleno derecho de autodeterminación sin restricción a Estado de derecho alguno) con otra teología política (el pueblo español con soberanía absoluta para crear o destruir su Constitución, sin límite material de ningún tipo) no augura nada más que polarización y antagonismos que se deslegitiman unos contra otros.

La contradicción es dramática y demoledora: por un lado, la unión incondicional entre Constitución y democracia, como perfecto Estado constitucional; por otro lado, la soberanía total del Poder Constituyente, como idea populista desde la paradoja constitucional original. La defensa de la Constitución realizada por el TCe se vuelve contra la democracia. Al declarar, frente a la propia definición del constitucionalismo como límite al poder, que el Pueblo/Nación como Poder Constituyente no se encuentra sometido a ningún límite, el TCe asume la definición populista de la soberanía popular, tal y como la misma jurisprudencia constitucional niega al proceso catalán: "un poder que se pretende fundante de un nuevo orden político y liberado, por ello mismo, de toda atadura jurídica" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 6). Pero el poder fundante, por muy constituyente que sea – y se llame pueblo español, pueblo catalán, vasco o brasileño– no se encuentra "liberado de toda atadura jurídica". Tal declaración, tan estatalista (nacional) como monista (populista) se enroca en una forma y manera de concebir el derecho y lo político teológica, extraña a la realidad histórica y fuera de cualquier (re)ordenación jurídica.

Por todo lo dicho, y a pesar de los errores que hemos presentado sobre la jurisprudencia del TCe, la paradoja original del constitucionalismo tiene solución: conjugando la identidad constitucional con la identidad democrática para subrayar no ya la omnipotencia del pueblo como titular del poder, sino la dignidad de las personas como titulares de libertades y derechos en una Constitución democrática que reniega del absolutismo del poder constituyente, pero que no

vinculación entre la inexistencia de una democracia militante y la ausencia de límites materiales a la reforma es un viejo error en el que sigue persistiendo contumazmente la jurisprudencia del TC, que hizo suya sin mayor reflexión la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe sin caer en la cuenta de la peculiaridad histórica alemana" (DE MIGUEL, 2020, pp. 215-216).

puede caer tampoco en la eternidad de los valores[21]. Los límites materiales de la Constitución permiten garantizar la defensa de la identidad democrática pero, en una *democracia* estrictamente *militante*, a costa de sustituir el absolutismo del quién – el Pueblo como poder constituyente – por el absolutismo de los valores. De ahí nuestra propuesta. Pasemos página y olvidemos el concepto de democracia militante para remarcar el carácter inviolable de la propia democracia constitucional. El carácter problemático de un concepto tan cargado de historia de lucha anti-nazi como el de democracia militante nos obliga a proponer otro término en nuestra guerra actual contra los populismos teocráticos. Y, si en la modernidad, toda teoría política se convirtió en teoría de la democracia, hoy toda teoría de la democracia debería revisar su definición y, desde la autodeterminación del individuo y sus derechos y libertades, confluir con el autogobierno del pueblo en una democracia que se concibe como inviolable.

En cambio, afirmar, una y otra vez, tal y como hace la peor jurisprudencia constitucional, que a través del inexcusable proceso de reforma, los ciudadanos y los poderes constituidos pueden cambiar toda la Constitución, sería volver a un positivismo formal tan neutral sustancialmente como lo fue la *Constitución* procesal *de Weimar* (1919); y su fracaso, sabido es, fue dramático. Un siglo después de este texto constitucional[22], nuestra doctrina debería ser más cuidadosa y detener el salto – en su misión interpretativa- de una democracia procedimental a una dictadura electoral. Sin embargo, la debilidad de la jurisprudencia española es el ejemplo palmario de lo difícil que es frenar una lógica populista (el proceso independentista catalán y, más todavía, su vertiente unilateral) con el regreso anacrónico de la paradoja fundante del constitucionalismo (el Pueblo español como Poder Constituyente con voluntad ilimitada de cambio que, además, puede destruir su propia Constitución).

De ahí que tengamos que superar no ya la paradoja del constitucionalismo, algo que logra el mismo refrendo democrático y la consiguiente validez constitucional, sino una cuestión todavía más compleja al entrar de lleno en el sentir popular de buena parte de la ciudadanía: la exaltación teológica del populismo sobre el poder absoluto del pueblo o, al menos, su definición como fundamento del deberían emanar todos los poderes. Veamos

[21] "In other words the constituent power survives under constitutions but as a post sovereign, pluralistic, always limited power whose authority is due to both its legitimacy and, even during legal breaks, its legality" (ARATO, 2016, p. 10).

[22] Recordemos también su fecundo, pero trágico, laboratorio.

algunas propuestas, en forma de terapias o de vacunas para salvaguardar la democracia contra los excesos nacional-populistas.

CONCLUSIÓN

La descripción de los tres pecados que avalan la revuelta populista del siglo XXI, y su permanencia por tiempo indefinido entre nosotros, nos interpela directamente, tanto en labores científicas y educativas como en nuestros deberes ciudadanos.

Recapitulemos los tres pecados padecidos: Primero, el *original*, de la falsa paradoja del constitucionalismo democrático, con su abismo entre el constituyente y lo constituido, resuelto con la vigencia de su obra. Segundo, el *capital*, de su espuria utilización con la sublimación del pueblo como poder absoluto y la definición teológica del populismo como sagrada *vox Dei* y, en la práctica, voluntad personal identificada (por arte de dogma) con la voz del pueblo. Y tercer pecado, el *mortal*, de la vuelta a la retórica constituyente del populismo jurisprudencial con una Nación española no sujeta a límite material alguno en la revisión de su Constitución o, en grado máximo, en su vertiente de apropiación, distribución y consumo de la teología popular por los nacional-populismos independentistas. Ninguno de ellos puede obviarse. Los tres se hallan presentes en el debate o, peor, en una comunicación política cada vez más influenciada y coadyuvante de la forma de hacer y crear información de las nuevas plataformas tecnológicas: unas redes sociales tan escoradas hacía la polarización como habilitantes de todo cuestionamiento de la realidad de los hechos, de las verdades la ciencia e, incluso, de las obligaciones e imperativos del derecho. Sin embargo, debemos asumir los tres pecados descritos no como ajenos, externos o de esa mitad inculta, ignorante, racista, etc., o – siguiendo la estela de Hillary Clinton, antes de su derrota electoral del 2016- esa "*basket of deplorables*", sino también como debilidades o errores propios: de la sociedad en su conjunto y/o como comunidad política.

Sólo desde este reconocimiento cabe administrar nuestra penitencia a modo de conclusiones: en forma de interrogantes y propuestas abiertas, por la inseguridad y, al tiempo, alguna esperanza, que nos identifican. Para la teología cristiana, la redención liberaría a los creyentes del pecado y de la esclavitud. Pero los pecados, aquí, integran nuestra manera de observar el populismo, junto a la liberación de la cautividad que supone – tal y como hace el discurso populista– esa usurpación del poder del pueblo hasta que sea revertida por los propios populistas

como sus verdaderos, es decir, únicos (legítimos) representantes. Redención y liberación se confunden expandiendo su significado en un populismo que estimula impulsos humanos y mitos o ficciones de unidad de un pueblo, siempre plural, nunca con una voluntad unívoca e inequívoca. A no ser que identifiquemos la mía – la del líder redentor- con la suya/tuya: la voluntad del pueblo y de los miembros que lo componen. Por eso es importante empezar por nosotros mismos y, sólo después, volver la vista al mundo entero.

En España, la descripción del tiempo populista precisaría una doble respuesta institucional: *¿cómo atemperar la tensión territorial?* y *¿cómo superar la antinomia constituyente y su (deficiente) interpretación jurisprudencial?*

- Por el lado de la *tensión territorial*, para intentar resolver el encaje nacionalista sólo cabe afrontar la cada vez más inexcusable reforma constitucional y plasmar y, en su caso, desarrollar la autodeterminación interna de nacionalidades (o naciones, dejando abierta su auto-denominación a los respectivos territorios autonómicos, vía revisión estatutaria) como autogobierno federalista que, inevitablemente, tendría que seguir siendo diferencial o, incluso, más asimétrico. Pero, no seamos ingenuos, la reclamación autodeterminista y la opción independentista no se resuelve con lo anterior, por muy distintivo o asimétrico que fuera el nuevo Estado autonómico. La paradoja del federalismo – modera los impulsos de secesión o catapulta a sus militantes– serviría, en los mundos más soberanistas, para seguir construyendo nación en búsqueda de la independencia.

Por eso es urgente activar propuestas que puedan incluir a buena parte de la ciudadanía que anhela la independencia. Y, entre ellas, no cabe rechazar automáticamente la posible revisión constitucional para la inclusión de una cláusula rígida de autodeterminación externa. Sobre la base del precedente canadiense para Quebec, y asumiendo parcialmente la respuesta de su Tribunal Supremo, se podría discutir la oportunidad de revisar la CE para introducir una cláusula que recogiera la secesión, pero sin admitir la necesidad de plantear una pregunta binaria – de SÍ/NO- en contra o a favor de la independencia. La negociación entre las partes y la respuesta clara (porcentaje alto del censo electoral y con porcentaje también alto del voto a una determinada opción) serían las vías procedimentales más acertadas y democráticas, pero no se puede decir lo mismo de la urgencia de una pregunta también meridiana sobre la independencia cuando las encuestas confirman la polarización que conlleva ese planteamiento binario y, además, todas las citas electorales vuelven a corroborar la fractura social que genera esa cuestión en dos mitades casi iguales numéricamente; siendo aquí indiferente las minorías que

pudieran decantar el resultado para uno u otro lado. Por eso nuestra propuesta resalta también la posibilidad de desarrollo de la autodeterminación interna, vía profundización del autogobierno autonómico: el mejor cauce para acomodar a los porcentajes más amplios del electorado, sin pretender hallar una voluntad popular unívoca, siempre ficticia, nunca real y, en el caso que nos ocupa, ya testado tantas veces, que no es abrumadoramente mayoritaria para ninguna identidad (excluyente).

- Y por el lado de la *antinomia constituyente* es imprescindible rechazar el populismo jurisprudencial que emerge de la peor doctrina del TCe y volver a su mejor interpretación constitucional[23] o, en caso contrario, promover la defensa del constitucionalismo democrático con una revisión de la CE que recoja una cláusula de intangibilidad explícita o que, al menos, deje notoriamente claro que la dignidad de la persona y sus derechos inviolables definen nuestra democracia como intangible.

En el primer postulado, frente al error del populismo jurisprudencial, debemos rescatar la doctrina del TC más certero: por un lado, la visión autonomista de la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3), con su fundamentada distinción entre soberanía y autonomía, pero recordando que también la soberanía tiene sus límites, es decir, anclando al pueblo español en el mundo del derecho internacional imperativo o perentorio (*ius cogens*), y, por tanto, imposibilitando el retorno de ningún poder constituyente no sujeto a límite material alguno en su revisión constitucional; y, por otro, la doble naturaleza de los derechos subjetivos como fundamentación (última) del fundamento (primero) de la Constitución[24], subrayando que "(L)os derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una

[23] O como recuerda el TCe en la fusión de forma y contenido: "Por lo que respecta a su contenido, la Constitución se fundamenta en el respeto de los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la justicia, el pluralismo político, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales" (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5). Completado con el siguiente: "La democracia parlamentaria no se agota, ciertamente, en formas y procedimientos, pero el respeto a unas y otros está entre sus presupuestos inexcusables (STC 109/2016, FJ 5)" (STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 6).

[24] Recogido en el Artículo 2 CE.

vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna" (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5)[25].

Pero relegados estos buenos comienzos con la deriva populista de la jurisprudencia del TCe o, al menos, ocultos por la renuncia de todo límite material, creemos necesaria una profunda revisión constitucional que también sea pedagógica ante la ciudadanía y de ahí nuestra apuesta por la inclusión explícita de una cláusula de intangibilidad que coloque a la dignidad personal y a sus derechos inviolables en el valor material fundamentador que les corresponde dentro una democracia plural que, además de gobierno del pueblo, parte de ellos para su realización y promoción real y efectiva.

Y, para finalizar, dejemos de mirarnos al ombligo y echemos un vistazo a la humanidad entera. De manera global nuestra responsabilidad, no sólo como académicos, sino como ciudadanos, es hacer pedagogía en todas y cada una de nuestras comunidades y romper con el círculo que retroalimenta al populismo como teología popular en su ataque devastador a la democracia constitucional. El círculo cerrado que va desde la proclamación del constitucionalismo de la existencia de un Pueblo convertido en Nación que es capaz de mostrar la unidad política con su misma voluntad y, por ello, dotarse de su Constitución y constituirse en Estado-nación. Y que continúa con la retórica o demagogia que es radicalizada por los populistas, al rechazar la definición constitucional como límite jurídico al poder y que, al final, se revuelve en su contra: vuelve al punto de partida meta-jurídico, al asumir la identificación de cualquier victoria contingente de los movimientos populistas como la reaparición de ese Poder Constituyente no sujeto a ningún límite y que crea orden y derecho de la nada jurídica.

[25] "En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos… en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, (...). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto)" (FJ 5).

Sabemos que luchar contra este círculo de la maldición populista en la democracia no es tarea fácil. Máxime cuando a una parte significativa de la población le gusta sentirse agasajado como partes integrantes de un poder absoluto e ilimitado. Y, sin embargo, ya va siendo hora de rechazar esa imagen distorsionada de la historia moderna que nos presentara Chantal Mouffe, tan querida por todos los populistas – sean de izquierdas o de derechas- como lucha contra la Monarquía absoluta desde dos tradiciones distintas e irreconciliables: de un lado, la liberal, su amor por la libertad individual, los derechos humanos y el *rule of law*; de otro, la democrática, y su deificación como igualdad popular en su voluntad soberana.

Proponemos cambiar esa adjetivación tan anglosajona de "*democracia liberal*" y hablar de "*democracia constitucional*" o "*constitucionalismo democrático*". Aquí no caben dos tradiciones, sino la fusión de ambos sustantivos o adjetivos, según se adopte una terminología o la otra. No hay democracia liberal o iliberal que valga como tal democracia. Es la democracia constitucional la que debe desarrollar tanto el autogobierno colectivo y la autodeterminación personal de sus ciudadanos en libertad como su delimitación del poder formal/procedimental, pero también material o sustantivamente. Y ha sido la pandemia mundial del coronavirus, con su confinamiento mundial, la que al hacernos más vulnerables, también nos ha mostrado que, a pesar de vivir en un mundo común, también se pueden exacerbar nuestras diferencias y recolocar más y más fronteras[26].

El grito de uno de los padres del derecho internacional, Alberico Gentili, imponiendo el "*silete theologi*" parecía que había recluido la religión en sus templos y en la conciencia individual de cada creyente. Y, sin embargo, con la soberanía y el Estado-nación se coló, al final, en la vida política de nuestras comunidades con la legitimación democrática del poder. Va siendo milenio para lograr el silencio de la teología popular que define al populismo. Debemos reconducir la política al arte humano de lo imperfecto y devolver la teología a templos o a fieles con su evangelio: "*Todo el que está de parte de la verdad escucha mi voz*" (JUAN, 18-37).

El asedio al Capitolio en Estados Unidos, alentado por el propio presidente Trump, corrobora nuestra hipótesis sobre la manera de afrontar el nacional-populismo como teología popular con muchos adeptos y fanáticos y, por

[26] En este sentido, cabe resaltar la reflexión final del politólogo Ivan Krastev: "La gran paradoja de la COVID-19 (…) en la actualidad hemos experimentado lo que de verdad significa vivir en el mismo mundo. (…). La COVID-19 ha infectado al mundo de cosmopolitismo, al tiempo que ha enemistado a los estados con la globalización" (KRASTEV, 2020, pp. 94-95).

ello, sobre la necesaria pedagogía constitucional para salvaguardar la vinculación imprescindible entre *rule of law* y democracia.

En tiempos de post-verdad, la tarea es hercúlea, pero tenemos ciertas esperanzas. No en héroes, precisamente, y, menos aún, en mesías que dicen encarnar la voz de sus pueblos. Pero sí en nuestros iguales o semejantes a uno u otro lado de las fronteras y, más todavía, dentro de ellas.

REFERENCIAS

AMAT, J., *La confabulatió dels irresponsables*, *La conjura de los irresponsables*, Barcelona: Anagrama, 2017.

ARATO, A., *Post-Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford-UK: Oxford University Press, 2016.

ARATO, A., *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* Cambridge-UK: Cambridge University Press, 2017.

ARATO, A., <<How we got here? Transition failures, their causes and the populist interest in the constitution>>, *Philosophy and Social Criticism*, Vol. 45(9-10), 2019a.

ARATO, A., <<Populism, Constitutional Courts, and Civil Society>>, en LANGFRIED, CH., *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019b, pp. 318–34.

CANOVAN, M., <<Trust he People! Populism and the Two Faces of Democracy>>, *Political Studies*, XLVII, 1999, pp. 2-16.

CANOVAN, M., *The People*, Cambridge-UK: Polity Press, 2005.

COHEN, J. L., <<What's wrong with the normative theory (and the actual practice) of left populism>>, *Constellations*, 2019a, 26, pp. 391-407.

COHEN, J. L., <<Populism and the politics of resentment>>, *Jus Cogens*, 1(1), 2019b, pp. 5–39.

COHEN, J. L., <<Hollow parties and their movement-ization: The populist conundrum', *Philosophy and Social Criticism*, 2019c, Vol. 45(9-10), pp. 1084–1105.

DE LA TORRE, C., <<Populism and the politics of the extraordinary in Latin America>>, *Journal of Political Ideologies*, Vol. 21, nº. 2, 2016, pp. 121–139.

DE LA TORRE, C., *Populismos. Una inmersión rápida*, Barcelona: Tibidabo, 2017.

DE LA TORRE, C., <<Populism Revived: Donald Trump and the Latin American Leftist Populists>>, *The Americas*, Volume 75, Number 4, 2018, pp. 733-753.

DE LA TORRE, C., <<'¿Qué hacen los populistas? ¿Y cómo estudiarlo?>>, *REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE ANÁLISIS SOCIAL Y POLÍTICO*, 1(1), 67-78, 2020.

DE MIGUEL, J., *Justicia Constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid: Reus, 2019.

DE MIGUEL, J., << La persistencia del proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 120, pp. 199-230.

DOMÈNECH, X., *Un haz de naciones. El Estado y la plurinacionalidad en España (1830-2017)*, Barcelona: Ediciones Península, 2020.

FINCHELSTEIN, F., *From Fascism to Populism in History*, Oakland: University of California Press.

KELSEN, H., <<Foundations of Democracy>>, *Ethics*, vol. 66:1, pp. 1-101, 1955.

KELSEN, H., <<¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?>>, 1931, en SCHMITT, C. y KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid: Tecnos, 2019, pp. 301-376.

KRASTEV, I., *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*, Barcelona: Debate, 2020.

LACLAU, E., *On Populist Reason*, London-New York: Verso, 2005.

LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (Eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, New York: Oxford University Press, 2007.

LOUGHLIN, M., *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

LOUGHLIN, M., <<The concept of constituent power>>, *European Journal of Political Theory*, 13-2, 2014, pp. 218-237.

MOUFFE, CH., *For a Left Populism*, London-New York: Verso, 2018.

MUDDE, C., y ROVIRA, C., *Populism: A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press, 2017.

MÜLLER, J. W., *What is Populism?*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

SANZ, J. A., <<Sobre la redención populista y la fuerza constitucional: el valor intangible de la democracia>>, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019a, pp. 161-190.

SANZ, J. A., <<Teologías Populistas *versus* Constitucionalismo Democrático, o la Pedagogía de la Democracia y sus Límites>>, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, 2019b, pp. 93-136.

SANZ, J. A., <<Democracia en pandemia: comunicación, redes y populismo>>, en RENIU, J., y MESEGUER, J. V., *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*, Navarra: Aranzadi, 2020, pp. 305-339.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 1928, Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, C., *La dictadura*, 1921, Madrid: Alianza Editorial, 1985.

NACIONALISMO E PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL. Riscos e Desafios ao Constitucionalismo Latino-Americano no contexto de pandemia da COVID-19

Maria Vitória Barros Bruzaca
Discente do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão
São Luís, Maranhão/Brasil
maria.vbb@discente.ufma.br

Cassius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão
São Luís, Maranhão/Brasil
Cassiuschai@gmail.com

Resumo: Discute-se o patriotismo constitucional correlacionado ao problema do extremismo nacionalista como um sintoma de fratura social e dissenção política à unidade nacional, e, ainda, como um grave risco às bases constitucionais entre liberdades, igualdade e solidariedade nos países latino-americanos acentuado pelo contexto pandêmico Sars-Cov-2. Adota-se o marco teórico habermasiano de patriotismo constitucional, da premissa racional de aproximação dos cidadãos com base nos pressupostos do Estado Democrático de Direito, fundado nos Direitos Humanos e na Solidariedade social. Aplicada uma aproximação metodológica dialética entre a tese habermasiana e o dispositivo constitucional contido no art. 4º, parágrafo único, da CFRFB1988, em uma análise crítica contrafactual, do discurso e do conteúdo, sobre a efetividade deste comando constitucional que pontifica a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Assim, discute-se como o patriotismo constitucional pode ser utilizado como estratégia de superação aos desafios e aos riscos enfrentados pelo constitucionalismo latino-americano no atual contexto de crise conjuntural pandêmica, que tem aberto espaço às justificativas de reformas constitucionais voltadas à política protecionista econômica, ao mercado de trabalho, ao uso e à aplicação de tecnologias contra liberdades, em uma visão prospectiva, de modo a ressaltar o diálogo entre nações tão diversas entre si, seja culturalmente, etnicamente, e com contextos políticos conturbados, pensando na construção identitária da alteridade e da solidariedade nas bases de um constitucionalismo pautado na valorização das instituições democráticas, nos Direitos Humanos e na solidariedade entre os povos, a fim de não sucumbir diante da ameaça do nacionalismo exacerbado que ameaça opor povos e culturas e transformar o outro em inimigo ou culpado pelo avanço da pandemia.

Palavras-chave: Constituição. Patriotismo Constitucional. Estado Democrático de Direito. Direitos Humanos. Covid-19.

Abstract: Constitutional patriotism related to the problem of nationalist extremism is discussed as a symptom of social divide and political dissent to the national unity, and also as a serious risk to the constitutional bases between freedoms, equality and solidarity in Latin-American countries, accentuated by the pandemic context Sars-Cov-2. The Habermasian theoretical framework of constitutional patriotism is adopted, from the rational premise of bringing citizens together based on the assumptions of the Democratic Rule of Law, founded on Human Rights and social Solidarity. Applied a dialectical methodological approach between the Habermasian thesis and the constitutional mechanism contained in art. 4th, sole paragraph, of CFRFB1988, in a critical counterfactual analysis, of the discourse and content, on the effectiveness of this constitutional command that pontificates the economic, political, social and cultural integration of the peoples of Latin America, aiming at the formation of a Latin-American community of nations. Thus, it is discussed how constitutional patriotism can be used as a strategy to overcome the challenges and risks faced by Latin-American constitutionalism in the current context of pandemic cyclical crisis, which has opened space for the justifications of constitutional reforms aimed at economic protectionist policy, to the labor market, to the use and application of technologies against freedoms, in a prospective view, in order to emphasize the dialogue between nations so diverse among themselves, whether culturally, ethnically, and with troubled political contexts, thinking about the identity construction of otherness and solidarity on the basis of a constitutionalism based on the valorization of democratic institutions, human rights and solidarity among peoples, in order not to succumb to the threat of exacerbated nationalism that threatens to oppose peoples and cultures and turn the other into an enemy or a culprit of the pandemic advance.

Keywords: Constitution. Constitutional patriotism. Democratic state. Human rights. COVID-19.

INTRODUÇÃO

Se por um lado a figura do Estados-nação, delineada após a II Revolução Industrial haja deixado como herança, no processo de rupturas geopolíticas, uma tensão bipolar entre os herdeiros hegelianos pró-capitalismo com sua visão de aprimoramento institucional iluminista à direita, e do outro lado, os desejos de superação aos excessos exploratórios do contrato social, com propostas

reformistas revolucionárias, a segunda revolução industrial trouxe ganhos tecnológicos, repensados em uma expansão hegemônica entre uma *Pax americana* e às resistências contra capitalistas, e nesse percurso, abriu espaço às promessas de direitos universais.

Transcorridas quase oito décadas do pós-segunda grande guerra, as promessas de direitos humanos resultaram em ganhos, contudo, aprofundando desigualdades estruturais entre o norte e o sul globais. A concentração de riquezas e a pandemia Covid-19, ora conjuntural, desnudam os variados matizes da desigualdade, na atualidade global de uma revolução 4.0. O presente estudo adota, portanto, essa variável hipotética de trabalho, discutindo se e como o patriotismo constitucional correlaciona-se ao problema do extremismo nacionalista como sintomas de fratura social e de dissenção política à unidade nacional, como graves riscos às bases constitucionais entre liberdades, igualdade e solidariedade nos países latino-americanos acentuado pelo contexto pandêmico Sars-Cov-2.

Adota-se o marco teórico habermasiano de patriotismo constitucional, da premissa racional de aproximação dos cidadãos com base nos pressupostos do Estado Democrático de Direito, fundado nos Direitos Humanos e na Solidariedade social. E, compreende-se esse patriotismo em uma posição diversa do nacionalismo do séc. XIX, posto que nas atuais sociedades complexas o Direito não fica alheio a uma natural convergência de entendimentos sociais sobre valores substantivos, mas, cabe o Direito enquanto sistema social assegurar o contemporâneo reconhecimento das diferenças étnicas na própria sociedade mediante procedimentos normativos legítimos ao exercício do poder político. Pois, apenas, assim, o Estado de Direito, realizando sua função essencial, a de domesticar todas as formas de violência, possibilita a uma sociedade de pessoas livres e iguais refrear o poder ilegítimo na resolução dos conflitos sociais limitando, racionalmente, as liberdades e compreendendo sua tensão com a igualdade em uma democracia. (Habermas, 1999; p. 214).

Um patriotismo que acolhe o diferente como elemento constitutivo da identidade social, e não da igualdade como seu ponto de partida. E, para o alcance desse fim, aplica-se uma aproximação metodológica dialética entre a tese habermasiana e o dispositivo constitucional contido no art. 4º, parágrafo único, da CFRFB1988, em uma análise crítica contrafactual, do discurso e do conteúdo, sobre a efetividade deste comando constitucional que pontifica a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Após a crise global de

2008, e os refluxos para a economia e para as democracias liberais, promoveram na América Latina, bem como na Europa um recrudescimento de pautas protecionistas, que a crise conjuntural pandêmica Covid-19 tem aberto espaço às justificativas de reformas constitucionais voltadas à uma célere política protecionista econômica, ao mercado de trabalho, ao uso e à aplicação de tecnologias contra liberdades.

Assim, discute-se como o patriotismo constitucional pode ser utilizado como estratégia de superação aos desafios e aos riscos enfrentados pelo constitucionalismo latino-americano no atual contexto de crise conjuntural pandêmica, no qual duas variáveis "Estado de Direito" e Democracia são adotadas como elementos de avaliação, em uma visão prospectiva, de modo a ressaltar o diálogo entre nações tão diversas entre si, seja culturalmente, etnicamente, e com contextos políticos conturbados, pensando na construção identitária da alteridade e da solidariedade nas bases de um constitucionalismo pautado na valorização das instituições democráticas, nos Direitos Humanos e na solidariedade entre os povos, a fim de não sucumbir diante da ameaça do nacionalismo exacerbado que ameaça opor povos e culturas e transformar o outro em inimigo ou culpado pelo avanço da pandemia. Esta pesquisa se propõe a traçar um panorama metodológico comparativo das reformas legislativas, em macropolíticos econômicas relacionadas ao trabalho, desregulação do mercado e incentivos ao setor industrial adotadas no Brasil, Argentina, Chile, Peru, Bolívia, Colombia e Estados Unidos, entre o período de 2012 e 2020, visando diagnosticar as razões de sua adoção e sua compatibilidade com uma democracia procedimental.

Este estudo importa, inclusive, para assinalar e provocar a necessária reflexão que os extremismos políticos não surgem desprendidos de subjacentes interesses sociais-geopolíticos. Ao revés de um casuísmo histórico, os extremismos são expressões de projetos de poder, de subordinação e de eliminação do outro. É uma questão de identidade constitucional e da afirmação de quem é o sujeito de direitos, como um desafio ao constitucionalismo; e, nesse aspecto, o próprio constitucionalismo como produto histórico "impõe, na modernidade, a busca racional de um fundamento plausível do uso da "força institucionalizada" e, limites aos potenciais arbítrios do Poder, ou de quem o exerça, é o mecanismo e é uma via procedimental argumentativa institucionalizada a possibilitar, no levantamento das pretensões de validade, em concreto, a informação de qual seja a pretensão revestida de legitimidade." (CHAI, 2006:239).

1. NAÇÃO E NACIONALISMO

Os estudos contemporâneos sobre o significado de nação e evolução da sua realidade ao longo da história europeia tem como ponto de partida a obra de Hans Kohn, *The Idea of Nationalism* (1944), na qual o autor traçava uma dicotomia entre nacionalismo cívico e nacionalismo étnico. O primeiro se caracterizava como racional, democrático e por conceber a nação como comunidade cívica, não avessa à incorporação de estrangeiros. O segundo, ao contrário, era irracional, autoritário e projetava a nação como uma comunidade de sangue – a exemplo da Alemanha (MAURÍCIO, 2012).

Após 1945, e todos os conflitos históricos do período, os debates sobre nação e nacionalismo entraram em uma nova fase, capitaneada pelos estudos de John Breully (1982), Ernest Gellner (1983) e Benedict Anderson (1983). Para os expoentes da escola:

> as nações eram realidades modernas (apenas existentes a partir do século XVIII ou, quando muito, XVI), criadas de cima para baixo, através da manipulação de dados culturais pré-existentes, e que visavam responder às necessidades das elites, culturalmente unificadas, de homogeneizar as suas populações, culturalmente fragmentadas. Ao contrário do que pensavam os doutrinadores nacionalistas, a nação não era o fruto natural do amadurecimento de um conjunto de marcadores culturais num determinado território (língua, religião, raça, memórias em comum etc.), mas da seleção e manipulação política desses mesmos marcadores. (MAURÍCIO, 2012)

Eric Hobsbawm compartilha do conceito de nacionalismo proposto por Ernest Gellner, como sendo "um princípio que sustenta que a unidade política e nacional deve ser congruente" (1990, p. 18). Hobsbawm oferece um aporte teórico robusto sobre o tema, tratado especialmente na obra "Nações e Nacionalismos desde 1780", direcionando sua atenção especialmente às mudanças e às transformações do conceito de nação. Para ele, as nações não criam o Estado ou o nacionalismo, mas sim o contrário.

A crescente democratização ao longo do último terço do século XIX estimulou a disputa entre o Estado e as classes dominantes pela lealdade das ordens inferiores. Simultaneamente, as modernas guerras dependiam da participação dos cidadãos comuns, uma vez que os exércitos eram compostos de voluntários ou dos que serviam obrigatoriamente, o que gerava o debate acerca da boa vontade dos homens em servir. Desse modo, a questão da nação e dos sentimentos do cidadão em relação àquilo que ele considerava como sua nação ou

sua nacionalidade foram colocados no centro do debate político (HOBSBAWM, 1990, p. 104).

Contudo, se por um lado a democratização era um meio de o Estado adquirir legitimidade aos olhos do cidadão, por outro, ela era confrontada por forças alternativas que atraíam a lealdade que o Estado almejava ter com exclusividade. Nesse sentido é que, segundo HOBSBAWM (1990) "[...] o nacionalismo poderia se tornar um instrumento enormemente poderoso para o governo, caso conseguisse ser integrado no patriotismo estatal, para torna-se seu componente emocional central" (p. 110/111). Nas palavras do autor:

> A democratização política tornou essencial 'educar nossos mestres', 'fazer italianos', transformar 'camponeses em franceses' e fazer com que todos se ligassem a uma bandeira e a uma nação, foi também o tempo em que os sentimentos nacionalistas populares, de todos os modos xenófobos, se tornaram mais fáceis de ser mobilizados, junto com a superioridade nacional pregada pela nova pseudociência do racismo. Pois o período que vai de 1880 a 1914 foi também o período das maiores migrações de massa já conhecidas, dentro dos Estados e entre eles, e o período do imperialismo e de rivalidades internacionais crescentes que terminaram na guerra mundial. Tudo isso enfatizava a diferença entre "eles" e o "nós". E não há modo mais eficaz de unir as partes díspares de povos inquietos do que os unir contra forasteiros. (HOBSBAWM, 2008, p. 111/112)

Fazendo um salto temporal para explicar as nações e o nacionalismo no século XXI, Hobsbawm afirma que os conceitos antigos de nações e o nacionalismo são fortemente afetados pela aceleração do processo de globalização com a crescente mobilidade dos seres humanos, de modo que os efeitos da mobilidade transfronteiriça colocam em xeque a capacidade de um indivíduo, que agora possui uma nacionalidade plural, de ser leal a um determinado Estado Nacional. A nova globalização implica, ainda, um reforço à tradição de hostilidade econômica, imigração em massa e de resistência ao outro, observado como ameaça a uma identidade cultural coletiva, com consequente manifestações xenofóbicas (HOBSBAWM, 2007, p. 91)

Com efeito, o ressurgimento dos nacionalismos antigos no mundo globalizado, apesar da aparente contradição entre um e outro, é sintoma facilmente demonstrável: a eleição francesa de 2017 foi marcada pelo melhor resultado do partido de extrema direita "Frente Nacional", encabeçado pela candidata Marine Le pen, que possuía dentre suas principais propostas a saída da França zona do euro e da União Europeia, além de políticas anti-imigratórias. A saída do Reino Unido da União Europeia também é sintomática do ressurgimento do

nacionalismo representado pela aversão à imigração. Nos Estados Unidos, o slogan do presidente eleito Donald Trump "Make America great again" também remete a ideias nacionalistas. Cabe anotar que os fatos ocorridos no processo eleitoral recente norte-americano e seu desfecho de violências e atos de insurreição, bem demonstram como a democracia traz em seu amago o paradoxal e inalienável risco da autofagia: a liberdade de expressão, - a qual desprendida de um compromisso ético coletivo e de instituições sólidas, pode ser o fio condutos para desnaturalização da própria democracia, abrindo espaços às ações e aos projetos totalitários.

Não bastasse isso, a legitimação da pretensão antiga de anti-imigração e volta às raízes do nacionalismo como um instrumento poderoso para o governo em prol da reconstrução do conceito de superioridade entre nações com base na homogeneização de suas populações tem sido uma grande arma no contexto pandêmico, que utiliza a manipulação de marcadores culturais de um determinado território como forma de defender medidas nacionalistas para a prevenção ao vírus, o que envolve, dentre outras coisas, a necessidade de colocar o outro como culpado, como inventor de um vírus, e consequentemente, como não merecedor de solidariedade, uma vez que só o que importaria é o "meu" povo, e não o povo "deles".

O extremismo nacionalista se coloca, assim, como um sintoma de fratura social que já vinha ganhando força e que possui como característica o aprofundamento das diferenças entre "eles" e "nós" e a naturalização da xenofobia, fator ainda mais acentuado pela crise sanitária causada pelo vírus Sars-Cov-2.

2. PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Conforme já destacado, a ideia de nação foi construída com base no nacionalismo, por meio da valorização de marcadores culturais, como língua, cor, costumes, a serviço de protecionismos econômicos, como expressão do poder nacional. No atual contexto pandêmico, o fortalecimento e a propagação de políticas anti-imigratórias na Europa e na América do Norte possuem uma grande chance de adquirir legitimidade, propagar-se e perpetuar-se para o futuro, ressuscitando a ideia errônea de superioridade de uma Estado em relação a outro e da vida de um povo como sendo mais importante que a de outro, com claras

manifestações xenófobas que, em momentos anteriores, levaram à ascensão de nacionalismos que culminaram, no mais tardar, na Segunda Guerra Mundial.

Assim é que ao longo da história, não há dúvidas de que o conceito de nação, amparado no nacionalismo, conseguiu criar o sentimento de pertencimento entre indivíduos, o que muitas vezes serviu para estimular a divisão da humanidade. A insistência de racistas na pureza racial e nos horrores da miscigenação, bem como formas de purificar a língua nacional de elementos estrangeiros representam o liame entre racismo e nacionalismo (HOBSBAWM, 1990, p. 132)

Diante disso, como forte arma para não deixar os erros do passado se repetirem, é necessário um exercício de diálogo entre as nações, de modo que a identidade coletiva não seja, exclusivamente, pautada em marcadores culturais, mas na convivência sob os mesmos valores de um Estado Democrático de Direito.

Assim é que a tese do patriotismo constitucional, de Jürgen Habermas, propõe a superação do nacionalismo étnico, pregando uma identidade coletiva fundada nos princípios constitucionais democráticos, e não mais exclusivamente em marcadores culturais.

O termo 'patriotismo constitucional' remonta à ocasião dos 30 anos da Constituição Alemã de 1949. O historiador Dolf Sternberger foi o primeiro a utilizar o termo em oposição à noção tradicional de nacionalismo, apresentando uma identificação do Estado Alemão com a ordem política e os princípios constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2015). Na década de 80, o termo foi popularizado pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, para quem:

> El nacionalismo quedó extremado entre nosotros en términos de darwinismo social y culminó en un delirio racial que sirvió de justificación a la aniquilación masiva de los judíos. De ahí que el nacionalismo quedara drásticamente devaluado entre nosotros como fundamento de una identidad colectiva. Y de ahí también que la superación del fascismo constituya la particular perspectiva histórica desde la que entre nosotros se entiende a sí misma una identidad postnacional, cristalizada en torno a los principios universalistas del Estado de Derecho y de la democracia. (HABERMAS, 1998, p. 116)

Apesar de ter surgido inspirado contexto Alemão, não há óbice quanto a sua aplicação em contextos diversos, como no caso da América Latina, de modo que é possível encontrar no texto da própria Constituição da República Federativa do Brasil bases que se relacionam ao que proposto pela tese habermasiana.

3. UMA COMUNIDADE LATINO-AMERICANA DE NAÇÕES

O art. 1º da Constituição Brasileira pontifica que a República Federativa constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, e que possui como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem-estar de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º).

Nas relações internacionais pauta-se na independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, na igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político (art.4º).

Finalmente, o parágrafo único do art. 4º da CRFB prevê que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Trata-se de norma programática que consubstancia o princípio da integração latino-americana, e que muito se assemelha ao art. 100 da Constituição da República do Peru, de 12 de julho de 1979: "Artículo 100.-*El Peru promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones*."

A referida norma constitucional de integração da América Latina surge no processo constituinte por iniciativa de Marcondes Gadelha (PFL/BA) e Fernando Gasparian (PMDB/SP), resultado de uma agenda política assumida pelo Grupo Brasileiro do Parlamento Latino-Americano, juntamente com grupos parlamentares de outros países que compartilham um contexto transição de regime político e a refundação constitucional (LOPES E VALENTE, 2016). Nas palavras de Marcondes Gadelha (PFL/BA)

> CONSTITUINTE MARCONDES GADELHA: A causa da integração latino-americana, Sr. Presidente, chegou agora no seu instante decisivo. Os países pelo mundo afora se organizam em blocos geopolíticos, em conjuntos geopolíticos. O Mercado Comum Europeu é, na verdade, uma confederação de nações. O Sudeste Asiático é um bloco geopolítico. Os Estados Unidos, a China é conjunta geopolíticos extremamente

> operacionais. A América Latina, neste momento, tem que conjugar todas as suas forças e todas as suas identidades, no sentido de formar um forte conjunto, um mercado comum latino-americano, e muito mais do que isso, Sr. Presidente, uma entidade nova, composta de uma cultura única, de objetivos e propósitos únicos no campo econômico, no campo político, no campo social e no campo cultural. Neste momento, a causa da integração tem feito avanços extraordinários. Temos visto a discussão entre chefes de Estado no Cone Sul, a respeito de problemas comuns, postos pelo endividamento externo, mas sobretudo pelo desafio do desenvolvimento no campo científico, tecnológico, em verdade, o calcanhar de Aquiles desta enorme comunidade. (BRASIL, 1987)

Ramos (2002) afirma que esse dispositivo constitucional representa um marco, que é institucional, primeiramente por prever uma integração ampla, não somente econômica, em pleno período de redemocratização do Cone Sul, e também por representar uma conduta inovadora e ambiciosa do constituinte, que, estimulado pela integração europeia, pugnava pela formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A disposição contida no parágrafo único do art. 4º da CF, contudo, guarda uma grande distância da realidade. Apesar de a América Latina apresentar um elevado número de grupos regionais que objetivam a integração regional, na prática o objetivo não é efetivado para além do âmbito econômico.

Para comprovar isso, basta pontuar brevemente a evolução da integração na América Latina. Segundo SOUZA (2012), o processo de integração da região se dá por meio de ondas. A primeira delas se estende do período da independência e formação dos Estados Nacionais até a grande crise mundial de 1914 a 1945. Nesse período, Simon Bolívar liderou o primeiro grande movimento integracionista ao convocar Congresso Anfictiônico do Panamá, realizado entre 22 de junho e 15 julho de 1826, para o qual foram convidadas todas as jovens nações da América Latina, inclusive o Brasil, mas, ao final, apenas a Gran Colômbia assinou o tratado. As diversas tentativas de integração que sucederam – Tratado de Confederação (1846), Tratado Continental (1856) ... – não conseguiram formar uma integração entre as nações. Dentre os motivos do fracasso da tentativa de integração:

> Costumam-se citar os conflitos entre as oligarquias ou mesmo caudilhos que, com a independência, consolidaram o poder econômico e político que vinham construindo nas distintas áreas da região durante o período final da colônia. Citam-se também as distâncias e as dificuldades geográficas. [...], no entanto, destaca-se a causa que se considera fundamental. É que prevaleceu, nos primeiros cem anos de independência da América Latina, a

> disputa entre Estados Unidos e Inglaterra pela divisão da região em suas áreas de influência ou mesmo de domínio direto. (SOUZA, 2012, p. 90)

A segunda onda é representada pela consolidação da hegemonia dos Estados Unidos que impediu uma integração regional efetiva. Em um período de transformações ocorridas na região durante a crise de 1914-1945 e que se estende até o início da década de 1970. A tentativa de integração latino-americana se deu em 1960, em Montevidéu, por meio de um Tratado que instituiu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC, integrada por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai. Devido a pressões norte-americanas, a integração sequer saiu do papel.

Já na terceira onda, foi retomado o projeto integracionista da América Latina, celebrando-se, na década de 1980, um novo Tratado de Montevidéu que transformou a ALALC em Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). No entanto, o principal eixo de articulação da América Latina se deu com a união entre Brasil e Argentina, culminando na formação do Mercado Comum do Sul-MERCOSUL, criado por meio do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, com o objetivo de constituir um mercado comum por meio de etapas, partindo do estabelecimento de uma Área de Livre Comércio, passando depois por uma União Aduaneira.

Observa-se assim, que as tentativas de integração latino-americana eram pautadas majoritariamente na integração econômica nas nações, algo aquém do que posto na atual Constituição. Diante disso, em um projeto ousado de integração para além do âmbito econômico, englobado pela quarta onda de integração (década de 1990-dias atuais) chama-se atenção para a União das Nações Sul-Americanas – UNASUL, que vislumbrava

> [...] construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.(UNASUL, 2008)

No entanto, mais uma vez a integração não se perpetuou. COSTA (2018), ressalta que a fragilidade da UNASUL, comprovada recentemente pela sua incapacidade de gerir crises, a exemplo da que ocorre na Venezuela, e pela deserção de metade de seus países membros – que contam com as maiores economias da

região –, representa a retomada de ideais nacionalistas e da revalorização do princípio da soberania. O autor pontua que:

> A integração regional parece estar historicamente vinculada aos interesses dos Estados nacionais e a alteração nesse âmbito de acordo com os posicionamentos ideológicos dos governantes endossa essa hipótese. A globalização hegemônica tenta demonstrar ser a única saída para as relações interestatais e o faz por meio de sanções e isolamentos. Projetos outrora consagrados como a União Europeia passam por sérias crises na sua efetividade. Os governos de direita parecem caminhar ao encontro dos interesses hegemônicos, sendo necessário questionar, por fim, se a integração regional foi alguma vez bem-sucedida na América Latina ou se estarão todas as iniciativas sobrepostas com os dias contados perante o interesse hegemônico ocidental. (COSTA, 2018, p. 123)

Considerando o esvaziamento da UNASUL, nasceu o Foro para o Progresso da América do Sul (PROSUL), com base na Declaração de Santiago de 22 de março de 2019, o qual teve como signatários Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai e Peru. Busca-se, de maneira flexível e com caráter prioritário, debater temas de integração em matéria de infraestrutura, energia, saúde, defesa, segurança e combate ao crime, prevenção de e resposta a desastres naturais.

Chama-se atenção para a cláusula democrática, baseada nos seguintes pontos: a) vigência do Estado de Direito, da democracia representativa, das eleições livres e das respectivas ordens constitucionais; b) separação de poderes do Estado e sujeição das forças públicas à autoridade civil legalmente constituída; c) promoção, proteção, respeito e garantia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; d) no respeito à soberania e à integridade territorial dos Estados, assim como ao direito internacional.

No entanto, trata-se de uma organização regional que já enfrenta seus primeiros desafios, que geram incertezas acerca da efetividade da nova integração no futuro, uma vez que novos problemas surgem com a pandemia e, mesmo anteriormente a ela, um contexto político conturbado já se anunciava, trazendo novos obstáculos às bases constitucionais latinas: intensos protestos no Equador contra medidas adotadas pelo presidente Lenín Moreno, a crise humanitária na Venezuela de Nicolás Maduro, a queda do ex-presidente boliviano Evo Morales, decretação de estado de emergência no Chile (o que não ocorria desde o governo do ditador Augusto Pinochet) e plebiscito sobre uma nova constituição, a dissolução do congresso Peruano por parte do presidente Martín Vizcarra e a

maior crise econômica da Argentina desde 2001. Ainda, manifestações crescentes de discursos de valorização da ditadura militar no Brasil.

O novo contexto pandêmico coloca ainda mais em evidência a ausência de efetividade do comando constitucional pontificado no parágrafo único do art. 4º, uma vez que além de os Estados Latino-Americanos terem, por muito tempo, se limitado a buscar a integração econômica, apesar de o dispositivo constitucional ir além deste âmbito, a ascensão de discursos autoritários e a volta de nacionalismos traduz um risco para as Democracias Latino-Americanas, que pode dificultar ainda mais uma integração política, social e cultural dos povos latinos.

A questão que se põe é como dotar de uma nova identidade coletiva uma comunidade que em meio a uma pandemia, também enfrenta conflitos políticos internos que causam, em alguns países, uma ruptura com o processo democrático outrora experimentado? Como construir bases sólidas de um constitucionalismo pautado na valorização das instituições democráticas, dos Direitos Humanos e na solidariedade social de modo a irradiar preceitos democráticos em prol da formação de uma comunidade latino-americana de nações, em um contexto de ressurgimento de nacionalismos exacerbados?

De fato, Habermas (1995) aponta a existência de uma tensão entre o universalismo de uma comunidade legal igualitária e o particularismo de uma comunidade cultural a que se pertence por origem e destino. No entanto, essa tensão seria resolvida desde que princípios constitucionais dos direitos humanos e da democracia priorizem um entendimento cosmopolita da nação como formada por cidadãos, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica

O filósofo alemão reconhece que, em comparação ao nacionalismo, para muitas pessoas o patriotismo constitucional pode se configurar como um elo frágil demais para conseguir unir sociedades complexas (HABERMAS, 1995, p. 96). Assim, ele aponta que a cultura política liberal só poderia se manter unida dentro de uma sociedade multicultural quando a cidadania democrática se mostrasse vantajosa não apenas em termos de direitos liberais e políticos, como também em direitos culturais e sociais. Desse modo, a cidadania democrática poderia se estender para além do status meramente legal se pudesse resgatar valores do bem-estar social e do reconhecimento mútuo entre as variadas formas de vida existentes. Para Habermas, a cidadania democrática só poderia desenvolver uma efetiva integração social capaz de gerar solidariedade entre estranhos se pudesse ser reconhecida e valorizada como um instrumento efetivo pelo qual a infraestrutura legal e material das formas de vida é assegurada. Assim é que

> Essa tendência no sentido do que poderia ser em certa medida designado com um auto-entendimento "pós nacional" do Estado constitucional pode ter sido um pouco mais pronunciado na antiga República Federal Alemã, em vista de sua situação peculiar e do fato de que ela havia, afinal, sido formalmente privada de sua soberania externa. Contudo, a pacificação dos antagonismos de classes e promovida pelo Estado de bem-estar havia criado uma nova situação na maioria dos países europeus. Seja nos governos socialistas ou nos conservadores, em todo lugar houve a criação ou a expansão de sistemas de seguridade social, implementação de políticas de igualdade de oportunidades e a realização de reformas em áreas como a educação, família, legislação criminal e sistema penal, proteção aos dados pessoais etc. Essas reformas fortaleceram e ampliaram a substância da cidadania e, o que é mais importante no nosso contexto, tornaram o público em geral mais agudamente conscientes da necessidade de priorizar a questão da implementação dos direitos básicos. [HABERMAS, 1995, p. 97-98]

Tais medidas, além de terem ressaltado a importância da consciência e da necessidade de implementação de direitos básicos, criaram nos cidadãos a valorização da cidadania como um núcleo daquilo que mantém a coesão social e que faz, ao mesmo tempo, com que as pessoas se percebam responsáveis e dependentes umas pelas outras. Desse modo, percebem que para a preservação e o aprimoramento das condições necessárias para as diversas formas escolhidas pelos indivíduos, sua autonomia privada e pública é mutuamente dependente (HABERMAS, 1995, p. 98)

Assim é que emerge a necessária integração política, cultural e social dos países latino-americanos, por meio de uma cultura democrática que resguarde os direitos dos cidadãos latinos e os faça perceber que a sociedade multicultural latino-americana pode ser vantajosa, ao oferecer uma tradição democrática, de promoção dos Direitos Humanos e valorização da Solidariedade entre os povos, por meio da implementação de políticas de igualdade, de modo a irradiar a valorização da democracia como um regime concretizador de cidadania.

Desse modo, chama-se atenção a dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) sobre pobreza, desigualdade e concentração de renda que demonstram a necessidade de políticas que resguardem os direitos dos cidadãos latinos, contribuindo para a criação de um sentimento cultural democrático aos moldes do que proposto por Habermas:

Tabela I

Pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza						
ANO	BRASIL	ARGENTINA	CHILE	BOLÍVIA	COLOMBIA	PERU

2012	3.1% 16,4%	3,8% 19,1%	-	6,6% 26,8%	9,4% 29,9%	1,9% 13,3 %
2013	3,6% 16,1%	3,1% 20,1%	1,9% 16,2%	5,3% 23,8%	8,7% 28,3%	2,0% 13,4 %
2014	2,6% 14,7%	3,4% 23, 0%	-	5,5% 24,2%	7,5% 26,0%	1,9% 12,8 %
2015	3,1% 17,0%	-	1,7% 13,9%	5,8% 26,3%	7,2% 25,5%	2,0% 12,3 %
2016	3,9% 17,8%	2,9% 20,5%	-	7,1% 26,4%	8,0% 26,5%	1,9% 12,9 %
2017	4,2% 18,3%	3,4% 18,1%	1,4% 10,9%	6,5% 25,4%	7,4% 25,9%	1,7% 12,4 %
2018	4,1% 19,4%	4,4% 23,5%	-	5,3% 23,4%	7,3% 26,0%	1,5% 11,7%
2019	4,3% 17,2%	5,1% 26,7%	-	4,9% 24,6%	8,7% 27,5%	1,2% 11%

Fonte: CEPAL, base de dados: Nações Unidas, indicador pessoas em situação de pobreza ou extrema pobreza.

- Pobreza
- Extrema Pobreza
- Ausência de dados

Tabela II.

Taxa de Desemprego						
ANO	BRASIL	ARGENTINA	CHILE	BOLÍVIA	COLÔMBIA	PERU
2012	7,3%	7,2%	6,6%	2,3%	9,7%	3,7%
2013	7,1%	7,1%	6,1%	2,9%	9,0%	4,0%
2014	6,8%	7,3%	6,5%	2,3%	8,5%	3,7%
2015	8,5%	6,5%	6,3%	3,5%	8,3%	3,5%
2016	11,5%	8,4%	6,7%	3,5%	8,6%	4,2%
2017	12,7%	8,4%	7,0%	3,6%	8,8%	4,1%
2018	12,3%	9,2%	7,4%	3,5%	9,1%	3,9%
2019	11,9%	9,8%	7,2%	3,7%	9,9%	3,9%

Fonte: CEPAL, base de dados: Nações Unidas, indicador taxa de desemprego

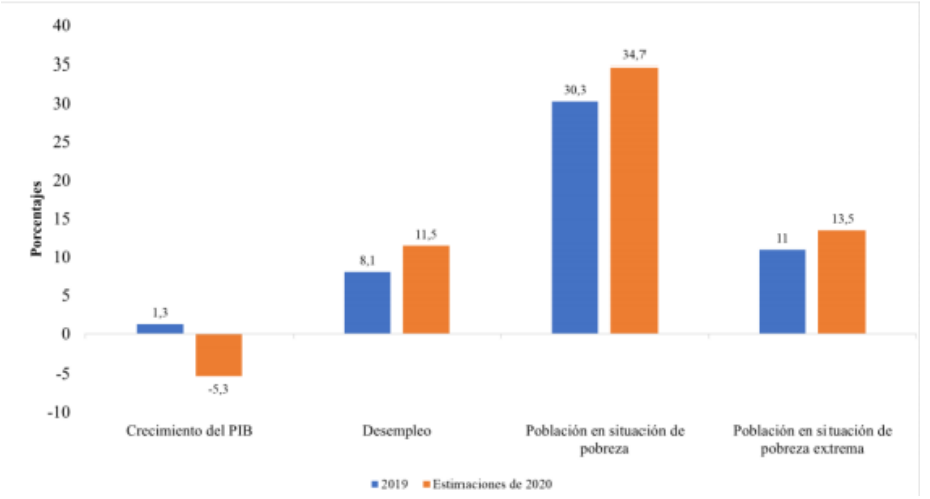
Tabela III.

COEFICIENTE DE GINI					
BRASIL	ARGENTINA	CHILE	BOLÍVIA	COLÔMBIA	PERU
0,54	-	0.45	0.43	0.53	0.43

Fonte: CEPAL, base de dados: Nações Unidas, indicador pobreza e distribuição de renda.

As altas taxas de pessoas em situação de pobreza ou extrema pobreza, aliada ao desemprego da região e altos níveis de concentração de renda são problemas de longa data, que tendem a piorar com a pandemia da covid-19.

São problemas comuns a todos os países latino-americanos e que podem ser amenizados por meio de esforços conjuntos, notadamente no atual cenário, uma vez que a América Latina e o Caribe enfrentam a pandemia de uma posição mais fraca do que o resto do mundo, segundo a CEPAL (2020). As estimativas econômicas, mesmo antes da Pandemia, já eram desanimadoras. A Comissão previa que a região cresceria no máximo 1,3% em 2020. Contudo, os efeitos da crise da COVID-19 levaram a uma revisão para baixo dessa projeção, o que gerará um impacto de 11,6 milhões de pessoas em níveis de desemprego e aumentará as desigualdades dentro e entre os países, conforme a gráfico abaixo.



Fonte: Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, CEPAL, 2020.

Com base em uma visão prospectiva, a superação do atual momento por meio de esforços conjuntos pode criar uma comunidade de cidadãos que se identificam na participação igualitária sob o manto de direitos democráticos, o que pode gerar um sentimento comum a favor da democracia no continente, funcionando como antídoto para o desenvolvimento e acirramento dos nacionalismos e para a promoção de uma cultura de integração aos moldes do que previsto no parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal em prol da construção de uma comunidade Latino-Americana de nações pautada na valorização das instituições democráticas, nos Direitos Humanos e na solidariedade entre os povos.

CONCLUSÃO

A expansão de pensamentos nacionalistas e discursos anti-imigração ganharam força com a pandemia da COVID-19, que impôs à maioria dos países a tomada de medidas protecionistas, a exemplo do fechamento de fronteiras e a guerra por insumos contra a pandemia, gerando novos debates sobre a cooperação entre os povos e estabilidade do regime democrático mundial.

O Brasil, maior país da América Latina, tem adotado uma postura negacionista e anti-ciência, o que impede que a cooperação com os outros países latino-americanos se efetive. Trata-se de uma oportunidade para que sementes de uma possível cooperação para além do âmbito econômico se realize na América Latina, oportunidade essa que tem sido perdida. Ao contrário da cooperação, prega-se a divisão. Ao contrário da valorização à ciência, prega-se o negacionismo.

Nesse contexto, a América Latina, que já vinha passando por instabilidades econômicas, políticas e sociais, enfrenta uma pandemia que chegou sem aviso, sem distinções de raça, cor, classe social, povos. Uma América Latina que ainda não conseguiu tornar-se uma comunidade latino-americana de Nações aos moldes do que previsto na Constituição Brasileira, e outrora na Constituição Peruana.

Ao mesmo tempo que regride a cooperação, prepondera o nacionalismo xenofóbico, de modo que é necessário urgentemente repensar as formas de lidar com problemas antigos, e os novos, de modo conjunto e concatenado para que a cidadania democrática possa se dar para além do status meramente legal, mas que efetive, na prática, direitos sociais, culturais e econômicos aptos a reacender a esperança democrática que outrora nos tirou de regimes ditatoriais.

Emerge a necessidade de cooperação capaz de gerar solidariedade entre povos tão diversos entre si, e que possa ser reconhecida, valorizada e aplicada como um meio de realização e efetivação dos direitos humanos, como proposto por Habermas.

Os conflitos políticos internos nacionais, agravado (1) pela falta de um plano nacional de desenvolvimento, (2) pela frágil transparência das gestões administrativas, (3) pela ausência de convergentes sentimentos de pertencimento de uma identidade nacional com um patriotismo saudável e comprometido com o bem comum, (4) pela pública ausência de uma prática dialógica respeitosa e ética entre as esferas governamentais federativas, (5) pelo afastamento da adoção de critérios técnicos e científicos sindicáveis publicamente na tomada de decisões administrativas, (6) pela marcada incoerência entre decisões administrativas e judiciais em um permanente processo de revogações mútuas, cujos fundamentos normativos mais causam perplexidade e desconfiança do que imprimem segurança e confiança institucionais, tendem a amofinar um espírito de unidade nacional, e, desfortunadamente, alimentam os extremismos que minam as expressões do poder nacional, começando pela expressão psicossocial, fragilizando a expressão econômica, em virtude de uma drenagem dos recursos humanos, cujos impactos nas expressões da ciência e da tecnologia e da política, dão espaços a uma expressão militar, que, nos registros históricos, em prestigio de uma teoria da segurança nacional, é pouco ou quase nunca aberta ao pluralismo político e cultural.

Ao constitucionalismo latino-americano cabe, pois, assumir a posição da interlocução do diálogo sadio no mútuo reconhecimento dos direitos humanos, em uma cooperação efetiva entre todos os povos da região, e, que melhor fossem incorporados enquanto direitos fundamentais nas respectivas ordens constitucionais internas.

REFERÊNCIAS

BID. Informe MERCOSUL No. 19: segundo semestre 2013-primeiro semestre 2014. BID-INTAL, janeiro de 2015. Disponível em: https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Informe-MERCOSUL-No-19-(2013-2014)-Segundo-Semestre-2013---Primeiro-Semestre-2014.pdf

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. (2008f) [1987], Atas da Comissão de Sistematização, vol. 2, *in* Comissões e Subcomissões. Comissão de

Sistematização. *Assembleia Constituinte 20 Anos*. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Anais. Brasília, Senado Federal.

CEPAL. Cooperación regional en las esferas económica y social y esferas conexas: Informe del Secretario General. Informe Secretário Geral Comissão Econômica para a América Latina e Caribe, 3 jun. 2020. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/3866188?ln=en#record-files-collapse-header. Acesso em: 2 jan. 2021.

CEPAL. CEPALSTAT Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas. Disponível em: https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=PER&idioma=spanish. Acesso em: 2 jan. 2021.

COSTA, Jackeline Ferreira da. INTEGRAÇÃO REGIONAL NA AMÉRICA LATINA: A UNASUL NO CONTEXTO DE ASCENSÃO E QUEDA DOS GOVERNOS DE ESQUERDA. 2018. Dissertação (Mestrado em direito) - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JULIO DE MESQUITA FILHO", Franca, 2018. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/182097/Costa_JF_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 10 out. 2020.

CHAI, Cássius Guimarães. Análise das doutrinas do "mootness" e do "ripeness" no direito norte-americano e as nocividades para uma democracia entre livres e iguais decorrentes da distinção ontológica entre um controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Uma contribuição para o processo discursivo da jurisdição constitucional brasileira tempo e risco como elementos concretos do controle normativo. *In* Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão Juris Itinera. Procuradoria Geral de Justiça. V. 1, n. 1, (jan/dez 1991-). São Luís: PGJ, 2006. N. 13, p. 235-284.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Você sabe o que é Patriotismo Constitucional?. JusBrasil, 2015. Disponível em: https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/198651213/voce-sabe-o-que-e-patriotismo-constitucional?ref=feed. Acesso em: 11 out. 2020.

HOBSBAWM, E. J. Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade. Traduzido por Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 182 p.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação Europeu frente aos Desafios da Globalização: O Passado e o Futuro da Soberania e da Cidadania. In: Novos Estudos CEBRAP. N. 43. São Paulo, novembro de 1995. pp. 87 – 101

HABERMAS, Jürgen. Identidad Nacional y Identidad Postnacional – entrevista con J. M. Ferry." In. Identidades Nacionales y Postnacionales. Madrid: Tecnos, 1998.

LOPES, Dawisson Belém; VALENTE, Mario Schettino. A Construção Social dos Princípios Conformadores e das Normas Programáticas de Política Externa Brasileira na Constituição Federal de 1988. Dados, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, 2016. DOI https://doi.org/10.1590/001152582016106. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582016000400995#B84. Acesso em: 10 nov. 2020.

MAURÍCIO, Carlos. Hobsbawm, ou quando o nacionalismo inventa a nação. Ler história, [*S. l.*], n. 62, p. 113-116, 2012. DOI https://doi.org/10.4000/lerhistoria.604. Disponível em: https://journals.openedition.org/lerhistoria/604. Acesso em: 10 out. 2020.

PERU. Constitución para la República del Perú (12 de Julio de 1979) http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm

PROSUL - DECLARAÇÃO DE SANTIAGO. Declaração Presidencial sobre a Renovação e o Fortalecimento da Integração da América do Sul – Santiago, 22 de março de 2019. Disponível em: < http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20203-declaracao-presidencial-sobre-a-renovacao-e-o-fortalecimento-da-integracao-da-america-do-sul>. Acesso em 09 de out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. A integração regional e a Constituição: 20 anos depois. Senado, Brasília, a. 45, n 179, jul/set 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176550/000843889.pdf?sequence=3&isAllowed. Acesso em: 11 dez. 2020.

SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da integração. Oikos, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 87-126, 2012. Disponível em: http://www.revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/article/view/296/168. Acesso em: 14 out. 2020.

UNASUL. *Tratado constitutivo da União de Nações Sul-americanas*. Brasília: [s.n.], 2008. 15 p. Disponível em:

<http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/TRAT_CONST_PORT.pdf>. Acesso em: 30 out 2020.

UNCTAD, UNITED NATIONS. TRADE AND DEVELOPMENT REPORT 2020: FROM GLOBAL PANDEMIC TO PROSPERITY FOR ALL: AVOIDING ANOTHER LOST DECADE. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, Geneva, 2020. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/tdr2020_en.pdf. Acesso em: 2 jan. 2020.

MODERNIDADE PERIFÉRICA E AS CRISES DEMOCRÁTICAS NA BOLÍVIA

Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya
Faculdades Londrina
Docente da Escola de Direito, Londrina, Brasil
naty.alfaya@gmail.com

Luiz Gustavo Tiroli
Universidade Estadual de Londrina
acadêmico de Direito, Londrina, Brasil
gustavo_tiroli@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar, mesmo que superficialmente por se tratarem de eventos muito recentes e ainda em andamento, a crise democrática sofrida pela Bolívia no final do ano de 2019. Crise esta que culminou na renúncia do então presidente Evo Morales, importante figura do processo de mudanças sociais que levaram à Constituição de 2009, com todas as suas peculiaridades, e a chegada ao poder de grupos que possuem propostas muito afastadas do ideário até então vigente naquele país. O grupo que antes formava a oposição ao governo e que agora se encontra investido do poder político se mostra, ao menos por enquanto, disposto a tratar a democracia boliviana por modelos distintos do desenvolvido e determinado pela Constituição de 2009, deixando de lado questões marcantes daquela sociedade como a diversidade, a multiculturalidade, a plurinacionalidade e o protagonismo dos povos originários. No lugar da democracia andina que se apresentava até então na Bolívia, o grupo que se colocou em posição de poder parece estar mais inclinado a se utilizar de modelos democráticos que já haviam sido superados, baseados na imposição de uma cultura única e dominante, cultura esta que se mostra conservadora e baseada em conceitos de uma religião cristã e de uma visão de modernidade central como caminho único e necessário para todos os povos, independentemente de seus contextos históricos, sociais e culturais específicos. Tal volta a modelos anteriores parece, para esta autora, como um retrocesso que tem potencial de trazer muitos prejuízos e pouquíssimas vantagens para aquele país.

Palavras-chave: Bolívia; Crise democrática; Democracia andina.

Abstract: This article aims to analyze, albeit superficially because these are very recent and still ongoing events, the democratic crisis suffered by Bolivia at the end of 2019. This crisis culminated in the resignation of then President Evo Morales, an important figure the process of social changes that led to the Constitution of 2009, with all its peculiarities, and the coming to power of groups that have proposals that are far removed from the ideas previously prevailing in that country.

The group that formerly formed the opposition to the government and that is now invested with political power is, at least for now, willing to treat Bolivian democracy by models different from those developed and determined by the 2009 Constitution, leaving aside outstanding issues from that society such as diversity, multiculturality, plurinationality and the protagonism of native peoples. In place of the Andean democracy that had been present until then in Bolivia, the group that put itself in a position of power seems to be more inclined to use democratic models that had already been overcome, based on the imposition of a unique and dominant culture, a culture that which is conservative and based on the concepts of a Christian religion and a vision of central modernity as a unique and necessary path for all peoples, regardless of their specific historical, social and cultural contexts. This return to previous models seems, for this author, as a setback that has the potential to bring many losses and very few advantages for that country.

Key-words: Bolivia; Democratic crisis; Andean democracy.

INTRODUÇÃO

Estudar a realidade de um Estado latino americano, como a Bolívia, demanda entender, em primeiro lugar, que não se pode simplesmente desconsiderar o processo histórico peculiar destes países.

Por terem vivido um passado de invasão, dominação, colonização e luta por independência, além do fato de não terem respeitado seu caminhar natural na história sendo forçados a incorporar modelos desenvolvidos por outras regiões do globo, os países latino americano, incluindo a Bolívia que é foco de nossa atenção neste artigo, fazem parte de um contexto chamado modernidade periférica.

Estas diferenças são importantes na medida em que, em geral, as estruturas estatais, jurídicas e burocráticas não foram desenvolvidas para refletir as características das populações que forma esses Estados, mas são cópias de modelos desenvolvidos pelos Estados da modernidade central, cujas realidades são muito distintas.

No caso específico da Bolívia, através de um longo processo, esse país logrou promulgar uma constituição em 2009 que substituía esse modelo importado por um modelo de democracia que se esforçava em refletir, proteger e garantir os valores, culturas e tradições dos povos que formam a Bolívia, inclusive se reconhecendo como um Estado Plurinacional.

Entretanto, a partir do começo de 2016, por conta de atitudes do governo, se iniciou uma crise que culminaria em 2019, com a renúncia do presidente e a

ocupação do poder por um grupo que demonstra ideário oposto ao presente na Constituição de 2009 com declarações e atitudes que levam a questionar se de fato eles irão manter as características de diversidade e plurinacionalidade bolivianas.

É como um início de análise destes fatos tão recentes e intenções que esse artigo se apresenta. Sem qualquer pretensão de encerrar as discussões ou mesmo apresentar soluções, mas apenas iniciar o debate a ser desenvolvido por outros tantos estudiosos, especialmente quanto a questões de qual modelo democrático irá ser aplicado na Bolívia pós-crise de 2019.

1. Modernidade central e periférica

Antes de que qualquer análise possa ser feita a respeito de possíveis crises democráticas latino americanas, ou qualquer comparação entre momentos de turbulência social em Estados do subcontinente, é necessário passar por um tema central e, infelizmente, muitas vezes deixado em segundo plano ou mesmo esquecido: o caminhar histórico e o processo de modernização da América Latina é absolutamente distinto do vivido pelos Estados centrais, em especial, europeus.

A modernidade central pode ser estudada tendo como base as teorias de diversos autores. Pela limitação de páginas, e por não ser tema central do presente artigo, nos deteremos em fazer uma breve passagem pelas teorias de modernidade apresentadas por Jürgen Habermas e Anthony Giddens.

Após isso, para focar na realidade e modernidade latino-americana, usaremos como base os estudos desenvolvidos por Jessé de Souza.

1.1. Modernidade central: Habermas e Giddens

O autor alemão vinculado à escola de Frankfurt enxerga a modernidade central como resultado de uma sucessão de modelos de racionalidade. Nas sociedades chamadas por ele de pré-modernas, o modelo de racionalidade utilizado era o mítico, ou seja, aquele em que se espelhavam natureza e sociedade, de forma que o mundo humano era apenas um reflexo direto do mundo natural e, assim sendo, formado por dogmas absolutos e inquestionáveis. Nas palavras do próprio autor:

> De início, gostaria de caracterizar em linhas gerais a compreensão de mundo mítica. (...) O mito "constrói um gigantesco jogo de espelhamentos em que, *ad infinitum*, as imagens contrapostas do mundo e do homem se refletem,

> partem-se e recompõem-se no prisma das relações entre natureza e cultura (...) Através da analogia o mundo todo ganha um sentido, tudo se torna significativo e a tudo se pode atribuir significado no interior de uma ordem simbólica em que se encaixam todos (...) os conhecimentos positivos, na completa profusão de seus detalhes" (HABERMAS, 2016, v. 1, p. 97-98)

Este modelo de racionalidade mítica, no entendimento de Habermas, causa duas grandes consequências, ambas negativas. Em primeiro lugar, esse modelo de racionalidade enxerga a natureza antropomorfizada, ou seja, como vontade de serem míticos que, mesmo estando acima e além das possibilidades humanas, possuem comportamentos e reações bastante "humanos", como a vingança, a recompensa, o castigo, as predileções, etc. Em segundo lugar, esta forma de entender a realidade, em que natureza e cultura não são diferenciadas, cria a noção de que as coisas são apenas como são, sem qualquer possibilidade de questionamento ou modificação; são dogmas absolutos aos quais a humanidade deve simplesmente se submeter. (HABERMAS, 2016, v. 1, p. 100-101)

No momento em que tais modelos de racionalidade mítica não foram mais capazes de apresentar respostas satisfatórias as questões que foram surgindo na história humana, foram substituídos por novos modelos de racionalidade, e, na visão habermasiana, se passa então às sociedades modernas, onde o modelo de racionalidade empregado é o não-mítico, ou o moderno.

Tal modelo é sustentado pela racionalidade, que, para este autor, é a capacidade argumentativa e intersubjetiva apresentada pelas pessoas, de debater pontos de vista diferentes e, todas dentro de seus próprios contextos culturais, chegar a consensos que possam servir de guia para a realidade cultural. Especialmente entendendo que tal realidade cultural, e seus guias, são mutáveis, podendo ser rediscutidos e alterados conforme as novas necessidades que se apresentem. (HANSEN, 1999, p. 17-18)

A diferença central entre tais modelos de racionalidade, emprestando as palavras de Horton, é que os modelos de racionalidade míticos são fechados, isso é, não admitem questionamento, enquanto os modelos de racionalidade modernos são abertos, isso quer dizer que admitem análise, reflexão e, quando necessário, mudanças.

> In other words, absence of any awareness of alternatives makes for an absolute acceptance of the established theoretical tenets, and removes any possibility of questioning them. In these circunstances, the established tenets invest the beliver with a compelling force. It is this force which we refer to when we talk of such tenets as sacred…Here, then, we have two

> basic predicaments: the 'closed' – characterizes by lack of awareness of alternatives, sacredness of beliefs, and anxiety about threats to them; and the "open" – characterizes by awareness of alternatives, diminished sacredness of beliefs, and diminished anxiety about threats to them.[1] (HORTON, 1970, p. 154, apud HABERMAS, 2016, v. 1, p. 124)

O modelo de racionalidade desenvolvido por Habermas, baseado em estruturas comunicacionais, argumentativas e intersubjetivas que podem ser analisadas e alteradas conforme a necessidade, é, portanto, um modelo aberto; enquanto os modelos pré-modernos, ou míticos, são modelos fechados, na medida em que não permitem questionamentos e a possibilidade de mudança.

Outro autor que dedica muito estudo ao fenômeno da modernidade, tendo uma visão mais sociológica (enquanto Habermas faz uma análise dentro do campo da filosofia) é Anthony Giddens.

Giddens situa a modernidade a partir do advento da industrialização, mas não pela industrialização em si mesmas. O que marca a modernidade, para o autor, são as consequências que a industrialização trouxe ao mundo, reorganizando as dinâmicas sociais e do trabalho.

Como aspectos mais relevantes de todas as mudanças trazidas pela industrialização, Giddens destaca uma nova compreensão da relação tempo-espaço e o desencaixe das instituições sociais, desencaixe este que pode ocorrer por meio do sistema de fichas simbólicas ou, e concomitantemente, pelos sistemas peritos.

Sobre ao primeiro aspecto, a relação tempo-espaço, é certo que todas as sociedades tiveram que encontrar uma maneira de identificar a passagem do tempo, através do uso de calendários, mudança da posição dos astros no céu, ou outros mecanismos.

Entretanto, a modernidade é marcada por uma desvinculação da noção de tempo de um local determinado. Independente de quão geograficamente

[1] "Em outras palavras, a ausência total de consciência gera uma aceitação absoluta das crenças teóricas estabelecidas, e remove qualquer possibilidade de questionamento sobre elas. Nestas circunstâncias as crenças estabelecidas investem o crente com uma força compulsiva. É a essa força que nos referimos quando falamos dessas crenças como sagradas...Aqui, então, nós temos duas modalidades básicas: a 'fechada' – caracterizada pela falta de consciência de alternativas, sacralidade das crenças e temor frente ao que pode ameaça-las; e a 'aberta' – caracterizada pela consciência de alternativas, menor sacralidade das crenças e menor temor frente ao que possa ameaça-las". Tradução da autora.

distante dois sujeitos estejam, eles entendem, na modernidade, a passagem do tempo de uma forma padronizada e organizada. Um marco histórico para tal mudança pode ser, acertadamente encontrado, na invenção do relógio mecânico, que possibilitou essa generalização da forma de contar a passagem do tempo. (GIDDENS, 2002, p. 22-23)

Tal uniformização possibilitou que as dinâmicas sociais muito mais amplas, características da modernidade, especialmente nas questões comerciais e políticas, possam acontecer por estarem os indivíduos envolvidos possibilitados de coordenarem suas ações no tempo.

O segundo elemento essencial da modernidade, segundo Giddens, é o desencaixe das instituições sociais. Tal desencaixe pode acontecer por meio de duas sistemáticas distintas, as fichas simbólicas e os sistemas especializados ou peritos. (GIDDENS, 2002, p. 23 e ss)

Em relação às fichas simbólicas, o exemplo mais característico é o dinheiro. A criação de um padrão de valor que pode ser comparado, trocado e utilizado independente de vinculação com um lugar ou sociedade específica, foi um dos elementos que criou as condições de possibilidade para a ampliação da atividade comercial sofisticada, abstrata e abrangente que se apresenta na modernidade.

Os sistemas especializados, por sua vez, são caracterizados pela organização e padronização do acesso ao conhecimento. Ou seja, o conhecimento é acessado não mais através de uma relação mestre-aprendiz, vinculada, e delimitada, a um determinado espaço. O conhecimento se desprende do local para ser generalizado e transmitido de forma mais abrangente àqueles que buscam tal conhecimento.

Ambos as sistemáticas pelas quais o desencaixe das instituições sociais se dá na modernidade são baseados em construção de vínculos de confiança não mais no profundo conhecimento da outra pessoa, mas pela aceitação e confiança numa determinada dinâmica social e na pressuposição de que aquele que apresenta determinadas credenciais de fato faz jus a elas. (GIDDENS, 2002, 23-24)

As teorias de modernidade apresentadas até aqui, entretanto, são pertinentes aos Estados centrais, especialmente à Europa, onde o caminhar histórico pode ser estudado através destes modelos. A realidade latino americana é muito distinta e não pode ser analisada da mesma forma.

1. 2. Modernidade periférica: Jessé de Souza

As teorias acerca do processo de surgimento e consolidação da modernidade acima apresentadas, entretanto, são adequadas ao espaço onde tal modernidade surgiu, qual seja, a Europa, e aos países que geraram os modelos de racionalidade que embasam tal modernidade.

Regiões periféricas formadas pela expansão de tal modelo de racionalidade, entre elas o subcontinente latino americano, enfrentaram tais mudanças de forma muito distinta e poucos são os estudos dedicados a analisar a realidade dessa periferia. Ao contrário dos Estados centrais que desenvolveram o modelo de racionalidade que sustenta a modernidade, os Estados periféricos receberam "de fora para dentro" tal modelo como imposição, sem que tivessem possibilidade ou tempo para se adaptarem a tal.

Entretanto, tais estudos a respeito das sociedades periféricas nem sempre foram ignorados pelas discussões sociológicas, houve um período logo no pós-segunda guerra mundial em que houve um grande interesse na questão de como tais sociedades se desenvolvem, especialmente guiado pelo interesse dos Estados Unidos em "organizar o mundo livre". (Souza, 2006, p. 12)

Estes estudos, no entanto, se baseavam numa lógica categorial de simples oposição entre tradição e modernidade. O que quer dizer que a modernidade era vista como um caminho único e alcançado por etapas que poderiam ser indistintamente replicadas em todos os Estados com os mesmos resultados. Sendo assim, o esforço destas pesquisas era identificar quais eram as etapas necessárias para a modernização e localizar ou mesmo criar eventos semelhantes nos Estados periféricos.

A literatura produzida nos próprios Estados periféricos não escapava dessa lógica na qual a tradição era vista como oposta à modernidade. E era justamente a continuidade de estruturas tradicionais, centradas em indivíduos e famílias como a base das relações sociais que causavam as mazelas destes Estados como a imensa e naturalizada desigualdade e a marginalização de grandes parcelas da população com a concentração de poder e riquezas nas mãos de uma pequena elite.

Contrariando estes estudos, Jessé de Souza propõe que, por ter um processo histórico distinto dos Estados centrais, os Estados periféricos não podem ser vistos apenas como estando em etapas anteriores de um caminho único que levará, com toda certeza, à modernidade nos mesmos moldes da apresentada

nos Estados centrais. E que os problemas sociais enfrentados na periferia não são causados por uma falta de modernidade, mas ao contrário, pela forma como a modernidade chegou à estes Estados periféricos.

> Gostaria de tentar demonstrar como a naturalização da desigualdade social de países periféricos de modernização recente [...] pode ser mais adequadamente percebida como consequência, não a partir de uma suposta herança pré-moderna e personalista, mas precisamente do fato contrário, ou seja, como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma [...] paulatinamente a partir de inícios do século XIX. [...] nossa desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é moderna, posto que vinculada a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação "de fora para dentro". Assim, ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da "impessoalidade" típica dos valores e instituições modernas. É isso que a faz tão opaca e de tão difícil percepção na vida cotidiana (SOUZA, 2006, p.17)

Mais do que simples discordância teórica, esta má interpretação da modernidade periférica é responsável, segundo o mesmo autor, pela falta de engajamento das populações e da desesperança geral com os canais políticos que se nota nos Estados periféricos. Os sistemas obsoletos de imposição de um caminho único que leva a uma modernidade também única não podem abarcar a realidade dos Estados periféricos, tão pouco oferecer soluções aos seus problemas, e a falta de novas leituras sobre os conflitos sociais periféricos frente a necessidades mais urgentes e imperiosas da vida tornam a participação nas arenas políticas pouco atraente para as populações. (SOUZA, 2006, p. 17)

No caso dos Estados periféricos, em especial os da América Latina, o processo histórico não foi o mesmo que o dos Estados centrais. Enquanto estes últimos levaram um longo período desenvolvendo, adaptando e transformando seus modelos de racionalidade até chegar ao que dá sustentação à modernidade, os primeiros viram tal modernidade, junto com seu modelo de racionalidade, ser trazido pronto e acabado e imposto em detrimento das necessidades e questões que estas sociedades entendiam como sendo parte de sua realidade.

Desta forma, as práticas modernas, como estruturas organizacionais como o Estado nacional e o mercado competitivo global, vieram antes das ideias modernas, sem qualquer consideração sobre se as sociedades já existentes viam a necessidade de tais alterações. (SOUZA, 2006, p. 95-96)

Diante deste cenário, Jessé de Souza propõe que se entenda a modernidade periférica menos como a soberania de um passado tradicional (e pré-moderno) sobre o presente, e mais como uma ausência de condições essenciais para que se forme a mesma modernidade que foi formada nos Estados centrais. (SOUZA, 2006, p. 98)

Dentro desta linha de raciocínio, portanto, é imperativo reconhecer que existem diversas formas de esquematização do *imaginário social*[2] e de modernidades, não havendo um único processo histórico, que passe pelas mesmas etapas e leve a um mesmo resultado, com as mesmas características. A modernidade central não pode, de fato, ser simplesmente transposta sem qualquer critério aos Estados periféricos latino americanos que passaram, e ainda passam, por um processo histórico muito distinto daquele experimentado pelos Estados centrais.

2. Democracia periférica

É certo que, com todas as diferenças no caminhar histórico e na modernidade apresentada em espaços periféricos, como é o caso da América Latina, subcontinente do qual faz parte o Estado Plurinacional da Bolívia, a experiência e prática democráticas não poderiam acontecer da mesma forma que se apresenta em Estados centrais.

Para compreender as possibilidades democráticas latino americanas, é preciso uma passada muito breve por três grandes modelos de democracia, seguindo, para isso as lições de Habermas. Quais seja: modelo liberal, modelo republicano e modelo discursivo.

2.1. Modelos liberal e republicano

O primeiro ponto a compreender dos modelos liberal e republicano é que ambos são desenvolvidos dentro do contexto da modernidade central, vista no capítulo anterior. Assim sendo, é bastante claro que não se pode esperar que

[2] Conceito emprestado por Jessé de Taylor. Tal conceito representa basicamente o conjunto de formas morais, obrigações, direitos e expectativas mais ou menos organizadas, mesmo que não escritas, nas nossas relações uns com os outros. Para mais detalhes, consultar *A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica,* Jessé de Souza, 2006.

tais modelos sirvam, sem qualquer alteração ou adaptação, à realidade da modernidade periférica.

Entretanto, mesmo diante disso, durante muito tempo esses modelos foram aplicados aos Estados periféricos como "o caminho do desenvolvimento", com promessas de que, seguindo tais princípios, os países periféricos chegariam ao exato mesmo nível de riqueza e desenvolvimento dos países centrais. A histórica dos Estados periféricos, focando, por ser objeto deste artigo, na realidade boliviana, demonstra que tais promessas não se confirmaram, ao contrário, a distância entre o centro e a periferia só aumentou com o passar do tempo.

Mas para entender essas diferentes de democracia central e democracia periférica, é preciso começar entendendo estes dois modelos, liberal e republicano.

O liberalismo enquanto modelo de democracia surge com Locke e Paine e se caracteriza por dar prioridade ao espaço privado de liberdades mínimas que um sujeito deve ter em relação ao Estado do qual é membro.

O próprio processo de modernização, o mesmo que impulsionou a criação do Estado constitucional moderno, que levou a mudanças na realidade social, de forma que surgiu e ganhou importância a esfera privada, suas relações pessoais e/ou mercantis, em detrimento da esfera pública, da coisa pública.

Os sujeitos passaram a se comportar muito mais como consumidores, indivíduos, trabalhadores, empresários, ou seja, nos papéis que assumem em suas relações privadas, do que como cidadãos participativos da esfera pública do Estado.

Os liberais entendem que existem direitos anteriores mesmo ao pacto social que formou os Estados, e, assim sendo, são direitos que não podem ser retirados, relativizados ou de qualquer forma tocados, representam um espaço dentro do qual o sujeito está protegido das investidas do Estado contra si e pode decidir livremente, sem correr o risco de ser "engolido" pela coletividade, perdendo assim sua individualidade.

Estes direitos são indispensáveis para as liberdades de ação dos indivíduos, enquanto direitos sociais ou coletivos são uma agressão à essas liberdades individuais, devendo ser regulados e controlados para que não se imponham.

Estes temas em que os indivíduos têm o direito de decidir de forma livre das influências ou pressões do Estado são representados por aquilo que os liberais

acreditam ser direitos humanos pré-pacto social, ou seja, aqueles que os sujeitos já detinham antes de se tornarem parte de uma comunidade jurídica determinada e, sendo anteriores, não podem ser tocados pelas entidades que vieram depois deles, como o Estado.

Enquanto o modelo liberal dá prioridade ao indivíduo e a suas liberdades particulares em detrimento ao espaço coletivo e do Estado, a tradição republicana faz o oposto. Para os republicanos, os sujeitos não existem isoladamente e, portanto, só podem se realizar dentro de uma comunidade.

Dentro deste contexto, características como disciplina, autocontrole, noção de coletividade, apreço pela sociedade como um todo e pelo ideal de nação são vistas como virtudes republicanas, na medida em que privilegiam uma visão coletiva e um elo de responsabilidades mútuas e solidariedade entre os membros de uma comunidade determinada, além de serem essenciais para a consolidação de uma unidade social.

Dentro desta estrutura de pensamento, representada por autores como Alasdair MacIntryre, Charles Taylor, Michael Sandel, Will Kymlicka e Michael Walzer (BRAY, 2011, p. 118-119), está presente uma forte desconfiança à ideia de uma moral abstrata e uma preferência pela ética das virtudes ou a noção de bem de uma determinada sociedade entendida como homogênea[3].

Neste contexto, a autonomia jurídica deixa de ser vista como um espaço de liberdades pessoais que não pode ser tocado pelo Estado ou sociedade (como a veem os liberais) para ser entendida como a possibilidade de participação na prática coletiva de exercício de uma autoridade que é resultado da união entre cidadãos.

Tendo como guia o interesse comum, é esperado pelo modelo democrático republicano que os cidadãos tenham sempre como prioridade absoluta a conservação da sociedade enquanto estrutura coletiva. E este empenho não se restringe apenas a questões administrativas ou territoriais, ou seja, materiais, mas, até principalmente, a questões simbólicas, como o ideal de identidade

[3] Usamos a palavra homogênea para descrever o pressuposto do modelo republicano de democracia de que a sociedade seria formada por indivíduos que compartilham uma mesma ética, cultura, valores, enfim, identidade. Pressuposto este que será criticado por Habermas, como veremos em momento oportuno deste trabalho, justamente por não se refletir na realidade das sociedades modernas, uma vez que estas são profundamente marcadas pela multiculturalidade e pela diversidade de grupos étnico-culturais com visões de mundo e estruturas de valores distintas.

coletiva, cultura compartilhada, auto-percepção como membro de uma determinada nacionalidade. (SILVA, 2008, p. 96 e ss)

2. 2 Modelo discursivo habermasiano

Habermas constrói seu modelo de democracia analisando as deficiências dos modelos anteriores, liberal e republicano, e tentando corrigir tais deficiências num modelo que una as vantagens de ambos os modelos afastando suas incompletudes.

A respeito do modelo liberal, Habermas destaca como desvantagens a visão dos liberais de que estes direitos individuais são postos como primordiais em face ao saber moral e são entendidos como direitos existentes por razão de um "estado natural fictício" (Habermas, 2012, p. 134). Estes direitos simplesmente existem como parte da natureza humana.

Assim, no modelo liberal de democracia, segundo Habermas, se entende como cidadãos aqueles que são titulares de direitos subjetivos individuais para proteger-se em face do Estado. Estes direitos subjetivos são os direitos negativos que garantem o espaço individual dentro do qual os sujeitos podem agir livres de qualquer forma de pressão externa.

O processo político se mostra no modelo liberal como uma disputa entre interesses e convicções individuais que se agrupam por similaridade para pressionar a fim de que suas posições sejam vitoriosas e, assim, determinem os comportamentos do Estado de forma a privilegiá-los.

Tal disputa é realizada por meio de votações, negociações ou qualquer outra ferramenta que se preste a tal fim, sempre garantindo que estas ferramentas não interfiram na esfera dos direitos individuais e autonomia privada. Habermas entende essa leitura da tradição liberal como o processo democrático assumindo o papel de direcionar o Estado no sentido de satisfazer os interesses da sociedade, sendo a pratica política o instrumento pelo qual os interesses particulares se agregam e se impõem com o uso administrativo deste poder político (HABERMAS, 2002, p. 269-270). Portanto, o Estado, no contexto liberal, existe para servir os direitos e ambições individuais de seus cidadãos.

3. Modelo democrático boliviano e a crise no final de 2019

Para compreender o modelo democrático que se apresentava na Bolívia até a crise no final de 2019 é essencial entender alguns pontos chaves sobre aquela sociedade.

O primeiro deles é sobre a composição da sociedade boliviana.

Ainda que haja um grande índice de mestiçagem cultural na formação da sociedade boliviana, o país contém mais de trinta idiomas ou dialetos regionais distintos, sendo que 37% da população tem como idioma materno o aimará ou o quéchua (línguas indígenas originárias com maior número de falantes) e aproximadamente 62% da população se identifica como membro de algum dos povos originários. (LINERA, 2010, p. 181)

Mantendo em mente a existência destas diversas nações indígenas originárias mesmo antes da chegada dos exploradores europeus, que, desde então, se somaram ao panteão étnico, cultural e nacional presente no território da Bolívia, não se pode deixar de notar que a sociedade boliviana é uma sociedade multinacional.

Esta multinacionalidade, entretanto, nem sempre se refletiu na estrutura, funcionamento e instituições estatais. Isso quer dizer que, embora a sociedade conte com grande diversidade linguística, apenas um idioma era reconhecido como legitimo, o castelhano; a diversidade de identidades étnicas era afastada em prol do reconhecimento apenas da identidade boliviana; as variadas formas de estrutura organizativa e de solução de conflitos sociais eram ignoradas pelo Estado, que monopolizava todas as questões se fundando apenas nas estruturas institucionais do capitalismo moderno e liberal. Desta forma, embora a sociedade boliviana seja plurinacional, o Estado republicano boliviano, antes de 2009, era um Estado monocultural e, por consequência, racista.

Os grupos étnico-culturais que constituem a maioria da população boliviana, ou seja, os grupos organizados ao redor de produção artesanal, camponesa e doméstica, os comunais e as civilizações amazônicas, são fortemente marcados pela predominância do coletivo sobre o individual. Assim, as estruturas organizacionais tradicionais são marcadas pela ação normativa coletiva, pela cooperação e coordenação comunitária, em forte oposição à predominância do individualismo que caracteriza a modernidade central.

Até por essa realidade, as lutas sociais bolivianas sempre foram marcadas pela capacidade de organização e atuação coletiva. Tais tradições se refletiram, entre outros exemplos, na cultura dos sindicatos, centralizados na COB – *Central Obrera Boliviana.*

Os sindicatos tiveram grande papel de pressão social junto ao Estado durante longo período, até que, devido a medidas tomadas por governos neoliberais e as mudanças do mercado de trabalho (diminuindo a quantidade de trabalhadores por fábrica ou empresa e vinculando promoções e reconhecimento não mais à experiência mas a obtenção de títulos formais de estudos e cursos).

O vácuo de atuação deixado pelos sindicatos enfraquecidos foi rapidamente ocupado por uma forma de mobilização social comunitária, baseada nas tradições dos povos indígenas originários. Tal forma de mobilização levou a pontos marcantes do processo boliviano que culminaria na Constituição de 2009, como a guerra da água[4] e a guerra do gás[5].

Estas organizações sociais comunitárias, ou em forma de multidão, como alguns autores se referem, tiveram papel central no processo que levou a Bolívia à promulgação da Constituição de 2009. Inclusive, durante o processo constituinte, houve intensa participação popular com os constituintes viajando por

[4] Um grande pico de mobilização popular contra decisões políticas neoliberais foi o que se convencionou chamar de guerra da água, ocorrida em 2000 na cidade de Cochabamba. A população, através de uma organização denominada *Coordinadora del Agua y la Vida*, se organizou contra a tentativa do governo de transferir a administração e distribuição da água potável a um conglomerado empresarial estadunidense. Em 04 de abril de 2000 a sede da empresa foi ocupada e barreiras foram firmadas em estradas e rotas de abastecimento, deixando a capital, La Paz, em situação de calamidade. A pressão foi tão forte e bem coordenada que o governo não teve escolha a não ser recuar e reestatizar o serviço de distribuição de água, sendo essa uma marcante vitória popular boliviana.

[5] No ano de 2003 o governo neoliberal que se encontrava em exercício na Bolívia tentou vender a empresas estrangeiras o direito de explorarem o gás natural no pais, tentativa essa que foi fortemente rechaçada pela população. As populações novamente se organização através de formas comunitárias (onde imperava uma democracia assembleistica e direta) para impedir a venda de recursos que, pela tradição indígena desses povos, são dádivas sagradas da natureza (*Pachamama*, sua principal divindade) e, portanto, não passíveis de serem avaliados pecuniariamente. Novamente os bloqueios foram incessantes e intenções, deixando a capital em uma crise de abastecimento e, novamente, o governo foi forçada a recuar em seus planos de privatização.

todos os cantos do país, em datas previamente estipuladas e divulgadas, para ouvir as demandas da população.

Toda esta sistemática comunitária se refletiu no texto constitucional de 2009 que não apenas reconheceu a Bolívia como um Estado Plurinacional, ou seja, formado por diversas nações, como se preocupou que os símbolos, tradições, idiomas, cultura e valores de todas estas nações fossem devidamente e igualitariamente protegidos.

Assim, a Constituição de 2009, por exemplo, reconhece mais de 30 idiomas oficiais para o Estado Plurinacional[6], institui que os símbolos principais dos povos indígenas originários são símbolos do Estado Boliviano[7] e coloca como princípios do Estado boliviano os princípios ético-morais dos povos indígenas, podendo ser condensados na ideia de "bem viver" [8], em equilíbrio e harmonia com a natureza sendo esta sujeito de direitos tanto quanto a humanidade.

Estas características guiam todo o texto constitucional no esforço de fazer com que as estruturas estatais, jurídicas e burocráticas de fato reflitam os valores e culturas dos povos que formam a Bolívia. Esta é a característica essencial da democracia andina, que estava firmada na Constituição de 2009 como a grande diretriz de desenvolvimento boliviano.

Tais conceitos podem ser muito bem trabalhados tendo a teoria democrática habermasiana, já exposta neste trabalho, como pano de fundo teórico. Uma vez que a democracia deliberativa determina processos (e não conteúdos) para que as regras de uma sociedade sejam instituídas. Esses processos se focam nas possibilidades e ferramentas à disposição das populações para que elas participem efetivamente das dinâmicas de debates e tomada de decisões que influenciarão suas vidas.

Entretanto, este caminho parece ter sido interrompido com a crise democrática do final de 2019, onde o grupo que agora se mostra no poder parece estar inclinado em uma direção diversa.

A crise a que nos referimos tem início já em fevereiro de 2016, quando foi realizado um plebiscito popular no qual o então presidente Evo Morales buscava apoio para se candidatar uma quarta vez ao cargo de presidente da

[6] Art. 5º, I, Constituição de 2009.
[7] Art. 6, II, Constituição de 2009.
[8] Art. 8, I, Constituição de 2009.

república, mesmo diante da impossibilidade constitucional para tal. A Constituição de 2009 prevê a possibilidade de apenas uma reeleição, mas Evo já estava na terceira, já que seu primeiro mandato ocorreu antes da constituição vigente e, por conta disso, não era computado.

Para surpresa do governo de Evo Morales, a tentativa foi fracassada havendo rejeição popular à ideia de que ele concorresse mais uma vez ao cargo. Diante desta derrota, Evo Morales buscou o Tribunal Constitucional (instância superior do judiciário boliviano) alegando fraudes na campanha do plebiscito e que seria um direito humano poder concorrer a mais uma eleição.

Nessa empreitada Evo obteve sucesso, recebendo a permissão do Tribunal para concorrer nas eleições presidenciais de 2019. Esta manobra aqueceu a resistência ao governo de Evo Morales e a oposição soube capitalizar essa movimentação social a seu favor.

Quando chegaram as eleições, após uma campanha dura, os votos começaram a ser computados e, nesse momento, outro problema se apresentou. Na Bolívia são previstas 2 apurações, uma preliminar e mais rápida e outra, a oficial e mais demorada. A apuração preliminar apontava que haveria segundo turno entre Evo Morales e Carlos Mesa, mas, ao contrário do que é determinado pelo processo boliviano, essa apuração preliminar foi interrompida sem maiores explicações e passou-se apenas à apuração oficial.

Passaram-se dias de incerteza e protestos nas ruas pelos apoiadores de Carlos Mesa, além de outros grupos descontentes como os organizados por Luis Fernando Camacho, líder do Comitê Cívico de Santa Cruz, que reúne diversas organizações do empresariado, apontando fraudes na apuração e exigindo a renúncia do presidente, que, finalmente, a apuração oficial foi finalizada indicando a vitória em primeiro turno de Evo Morales.

Tal resultado só inflamou ainda mais as manifestações populares de oposição à Evo, o que levou a OEA – Organização dos Estados Americanos, a ser chamada para verificar o processo eleitoral. Tal organização internacional realizou sua auditoria e apontou que haveria fraude no processo e o resultado não deveria ser considerado.

Após uma inicial resistência, Evo Morales cedeu e anunciou, no dia 10 de novembro, que dissolveria o Tribunal Eleitoral e convocaria novas eleições. Mas isso não bastou para apaziguar a situação e o general Williams Kaliman publicou uma mensagem oficial em nome das forças armadas bolivianas

"sugerindo" que o presidente renunciasse a seu cargo para promover a pacificação social. Importante destacar que, já desde antes das análises da OEA serem concluídas, as forças militares já estavam amotinadas contra o governo de Evo Morales.

No mesmo dia, Evo convocou uma entrevista coletiva e anunciou sua renúncia na tentativa de proteger seus apoiadores e os membros de seu governo (sendo que grande parte deles renunciou junto), sustentando se tratar de um golpe cívico militar que o tirava de seu cargo antes da hora e uma ruptura democrática na Bolívia. Após alguns dias de tensão, Evo Morales foi aceito como asilado político pelo México.

Neste momento, com a renúncia de todos que estavam na linha sucessória, houve um vácuo de poder, no qual apareceu a figura da senadora de oposição ao governo Evo Morales, Jeanine Añez que, por ser a presidente do Senado, se autoproclamou presidente interina e foi reconhecida no cargo por forças internas (como a oposição à Evo, os apoiadores de Carlos Mesa e mesmo as forças militares) e por forças externas, com o apoio de outros países à sua posição.

A autoproclamada presidente interina declara estar organizando novas eleições que seriam realizadas em 03 de maio do corrente ano de 2020, entretanto, já foram adiadas devido à pandemia do novo coronavírus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada a realidade dos Estados latino americanos, especialmente Bolívia, com o passado de invasão, exploração e colonização ao qual foram submetidos, tais países possuem sociedades altamente multiculturais, diversas. Tal diversidade chega ao ponto de a Bolívia, em sua Constituição de 2009, ter e reconhecido como um Estado Plurinacional, ou seja, um Estado formado por várias nações, diferentes mas igualitárias entre si, todas dignas de respeito e proteção.

Diante deste quadro, o modelo democrático, dentro os estudados, que se mostra viável à tal realidade pluralista é o modelo de democracia discursiva, desenvolvido por Jürgen Habermas. É verdade que tal modelo foi desenvolvido dentro do contexto europeu e alemão, mas por conta de ser modelo procedimental e não de conteúdo, se adequa às mais distintas realidades, inclusive à latino americana, possuindo o caráter de universalidade, como desejou o autor alemão.

Partindo destes pressupostos, porém, é importante destacar que tal modelo de democracia depende do respeito à instituições e procedimentos para que possa de fato se desenvolver com qualidade. Estão entre tais procedimentos a possibilidade de reconhecimento da diferença e da incorporação de toda esta diversidade no âmbito da esfera pública, afim de garantir regular representação de todos nos debates e discussões políticas.

Até por esta razão, é que Habermas considera, em nossa opinião acertadamente, que a fidelidade do cidadão não deve estar vinculada a uma identidade nacional específica, mas sim à constituição, à este documento maior, que, pensado de forma coletivamente livre e igualitária, estabelece quais regras devem valer para todos, sem distinção.

Por estas razões é que se faz uma relação entre a democracia andina boliviana, sustentada pela Constituição de 2009, com a teoria democrática habermasiana. Uma vez que a democracia deliberativa apresenta procedimentos (e não conteúdos) para que sejam aprovadas as normas e a Constituição do Estado Plurinacional Boliviano apresenta grande preocupação com a inclusão igualitária de todas as nações, culturas e tradições presentes nos povos bolivianos no arcabouço estatal, político, jurídico e burocrático.

No caso da crise democrática boliviana, nos parece que, embora se deva reconhecer a enorme contribuição de Evo Morales ao desenvolvimento de seu país, ele comete um erro ao solicitar ao, e conseguir do, judiciário a oportunidade de concorrer ao cargo de presidente do Estado pela quarta vez.

Isto porque, a Constituição de 2009, vigente naquele Estado, prevê a impossibilidade de tal (artigo 167) e, mesmo que se intentasse a alteração de tal dispositivo, essa alteração dependeria de aprovação popular por meio de plebiscito. Tal plebiscito foi realizado em 21/02/2016 e a decisão popular foi no sentido da negação da possibilidade de mais um mandato à Evo Morales.

Seguido a isso, com a insistência de Evo a concorrer novamente, as insatisfações só foram aumentando, ainda mais em vista de inconsistências no processo eleitoral de outubro de 2019, atestadas como fraudes eleitorais pela OEA. Toda essa situação, com a falta de apoio de setores importantes como as forças armadas, tornaram a permanência de Evo Morales insustentável e levaram à renúncia do presidente.

Todo o evento ainda é muito recente, mas as declarações e demonstrações dos principais personagens desse processo de crise (a senadora

Jeanine Añez, que se autodeclarou presidente interina; o general Williams Kaliman, que, mesmo após Evo Morales anunciar que convocaria novas eleições, "sugeriu" que o presidente renunciasse; e Luis Fernando Camacho, líder do Comitê Cívico de Santa Cruz, que reúne diversas organizações do empresariado e teve papel importante como mobilizador de manifestações públicas) parecem estar alinhadas à retomada de modelos democráticos centrais, provavelmente o liberal, e afastamento do modelo andino de democracia até então vigente.

Esta mudança de paradigma, caso se confirme, implica no afastamento da ideia de diversidade e plurinacionalidade em favor do reconhecimento de uma única cultura como a oficialmente boliviana. Tal monoculturalidade implicaria em drásticas mudanças no texto constitucional vigente para afastar todas as representações, garantias e a própria ideia de igualdade entre as nações bolivianas.

Ao nosso ver, abandonar um modelo que reflete a formação cultural, tradicional, histórica e axiológica de sua população, em favor de outro, que já foi afastado por se mostrar insuficiente aos anseios desta mesma população se mostra como um retrocesso que em muito prejudicará os povos bolivianos.

REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. *Constitución Política de Bolivia.* Political Database of the Americas, La Paz, 2009. Disponivel em: https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/ Acessado em 23 de março de 2020.

BRAY, Renato Toller. *O direito político em Jürgen Habermas:* legitimidade e esfera pública. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL. *Os povos indígenas na América Latina:* avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos (LC/L.3893). Santiago, 2015. Disponível em:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/S1420764_pt.pdf;jsessionid=7EFC3FFF632758E773F0968877E85E8D?sequence=1 . Acessado em 21 de fevereiro de 2020.

G1 – Portal de Notícias. *Evo renuncia à presidência:* veja a cronologia da crise na Bolívia. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/11/10/evo-convoca-eleicoes-veja-a-cronologia-da-crise-na-bolivia.ghtml Acessado em 22/03/2020.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina.* 13ª ed. Buenos Aires: Siglo Vientiuno Editores, 2010.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Indentidade***.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho***.** Londrina: CEFIL, 1999.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano*: um estudo sobre a Bolívia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

LINERA, Álvaro Garcia. *A Potência Plebeia*: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia. Trad. Mouzar Benedito e Igor Ojeda. São Paulo: Boitempo, 2010.

RFI – Portal de notícias. *Coronavírus:* Bolívia adia eleições nacionais e enfrenta o primeiro dia quarentena total. Disponível em:

http://www.rfi.fr/br/am%C3%A9ricas/20200322-coronav%C3%ADrus-bol%C3%AD-adia-elei%C3%A7%C3%B5es-nacionais-e-enfrenta-o-primeiro-dia-quarentena-tota Acessado em: 23 de março de 2020.

SILVA, Felipe Gonçalves. *A solidariedade entre público e privado.* In: NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo (Org.). Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

GT 07

Los desafíos de la globalización para el derecho internacional de los derechos humanos

COORDINACIÓN:
Daniel Ribeiro (UFJF-GV) y María Torres Pérez (UV)

DESCRIPCIÓN: Este grupo de trabajo tiene como objetivo recibir comunicaciones que aborden los desafíos en la realización de los derechos humanos establecidos en el orden internacional en el orden material en el que esos derechos deben realizarse. El propósito de este grupo es reunir trabajos y resultados de investigaciones que señalen los problemas y contradicciones que hoy amenazan la idea misma de la democracia liberal, pero principalmente debatir las cuestiones a respecto de la protección internacional de los derechos humanos en una sociedad global. También pretende estudiar los mecanismos existentes de protección de los derechos humanos en una sociedad internacional institucionalizada (mecanismos de control en los tratados internacionales), la labor de la UE mediante medidas tales como el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP), la intervención de los particulares en los sistemas de protección mediante mecanismos obligados de due diligence y los límites a la acción de los Estados en la persecución de violaciones de derechos humanos.

(RE)PENSANDO A SOCIEDADE INTERNACIONAL EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO:
os desafios dos direitos humanos e do cosmopolitismo pluralista a partir de Ulrich Beck

Aline Michele Pedron Leves
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)
Ijuí/RS, Brasil
aline.leves@sou.unijui.edu.br

Gilmar Antonio Bedin
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)
Ijuí/RS, Brasil
gilmarb@unijui.edu.br

Resumo: Em um mundo cada vez mais interdependente, torna-se necessário aprofundar as perspectivas teóricas e políticas a fim de compreender as dinâmicas globais que afetam diretamente os direitos humanos e as heterogeneidades culturais. O presente trabalho reflete, com escopo nos limites de inclusão e exclusão dos seres humanos, a forma pela qual se renova o pensamento dos ideais cosmopolitas no contexto da atual sociedade de risco e, além disso, questiona-se como o cosmopolitismo pluralista contribui para a efetivação do direito internacional dos direitos humanos. Neste sentido, este artigo analisa, mediante a utilização do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o cosmopolitismo proposto por Ulrich Beck e os desafios que ele representa para a visão soberanista e territorial dos Estados nacionais. Para tanto, esta pesquisa se estrutura em duas partes. Na primeira, apresenta alguns aspectos da vida de Ulrich Beck e de seu percurso teórico. Na segunda, analisa a ideia de um novo cosmopolitismo proposto pelo autor, amparado na defesa das pluralidades culturais, e sua contribuição para a convivência dialógica intercultural e para a proteção internacional dos direitos humanos. Assim, ao corroborar a hipótese embrionária desta investigação científica, busca-se compartilhar um verdadeiro olhar sobre a pluralidade do mundo na atual sociedade globalizada por meio de um projeto comum que possui como essência, tão somente, a condição de "ser" humano.

Palavras-chave: Cosmopolitismo; Direitos Humanos; Globalização; Pluralidades Culturais; Sociedade Internacional.

Abstract: In an increasingly interdependent world, it becomes necessary to deepen theoretical and political perspectives in order to understand the global dynamics that directly affect human rights and cultural heterogeneities. The

present article reflects, with scope in the limits of inclusion and exclusion of human beings, the way it is renewed the thinking of cosmopolitan ideals in the context of today's society of risk and, furthermore, it is questioned how the pluralistic cosmopolitism contributes to the effectuation of the international human rights law. In this sense, this article analyzes, through the use of the hypothetico-deductive method and of the bibliographic research technique, the cosmopolitanism proposed by Ulrich Beck and the challenges it poses for the sovereign and territorial vision of national States. For this, this research is structured in two parts. In the first, it presents some aspects of Ulrich Beck's life and his theoretical path. In the second, it analyzes the idea for a new cosmopolitanism proposed by the author, supported in the defense of cultural pluralities, and its contribution to the intercultural dialogical coexistence and to the international protection of human rights. Therefore, in corroborating the embryonic hypothesis of this scientific investigation, it seeks to share a true view on the plurality of the world in the current globalized society through a common project that has as essence, only, the condition of "being" human.

Keywords: Cosmopolitanism; Human Rights; Globalization; Cultural Pluralities; International Society.

INTRODUÇÃO

A (re)interpretação que confere ampla importância ao percurso histórico e social é capaz de conservar uma infinidade de fontes de conhecimento prático-teóricas, de tal forma que a humanidade desenvolva uma consciência de aprendizagem a partir da valoração dos erros e acertos que fazem parte do arcabouço do mundo contemporâneo. Refletir acerca do desenvolvimento da sociedade internacional demonstra a necessidade de se recolocar alguns dos grandes ideais da racionalidade dos indivíduos. Dentre estes, se sobressai o resgate do cosmopolitismo, originado ainda na Grécia antiga e que se refortalece na contemporaneidade, fundamentado na essência do ser humano e nas pluralidades culturais das mais distintas civilizações que compõem as teias sociais do planeta.

É evidente que o sistema mundial se apresenta cada vez mais complexo e interdependente. Com o avanço dos processos da globalização, os fatores internos e externos das nações se confundem e transcendem as fronteiras territoriais, redefinindo as concepções espaço-temporais e corroborando para o crescimento exponencial da complexidade da vida em sociedade. Nesse contexto, em tempos de interdependência entre os povos, pode-se afirmar que a intensificação das diferenças traz à tona a necessidade de uma cooperação

internacional mais ampla e que busque continuamente pela proteção dos direitos humanos, de tal modo que sejam viabilizadas as mais distintas formas de ser e estar no mundo. Portanto, o tema do presente artigo delimita-se a aprofundar as perspectivas sociais e políticas da proposta cosmopolita desenvolvida pelo sociólogo Ulrich Beck, sobretudo naquilo que se relaciona com os direitos humanos e com as pluralidades culturais.

O cosmopolitismo pluralista, tal como defendido por Ulrich Beck, constitui uma postura moral para com a humanidade e de defesa da sua diversidade. Desse modo, o autor se afastada das propostas que produzem ou que possam gerar um processo de homogeneização e, portanto, de não reconhecimento das diferenças. Então, o ponto de partida do autor é que o cosmopolitismo deve respeitar, notadamente, o valor igualitário de todos os membros das civilizações humanas. Em sua defesa, afirma Beck, o cosmopolitismo deve ser pluralista e, em consequência, a possível cidadania mundial precisa respeitar esta *conditio humana* (condição humana). Com isso, o cosmopolitismo deve perpassar as disposições legais em âmbito local, nacional e internacional, contribuindo para a integração dialógica entre as mais distintas culturas e identidades existentes no mundo contemporâneo.

Atualmente, sob a perspectiva de uma sociedade internacional multicêntrica e interdependente, emergem-se um conjunto de alterações na forma de organização do globo, que desafiam o panorama mundial e, ao mesmo tempo, permitem a sucessiva ampliação dos horizontes de possibilidades para a concretização do cosmopolitismo. Em diferentes contextos, repensar as relações sociais da atualidade exige uma abordagem verdadeiramente interdisciplinar, capaz de identificar como as questões de âmbito global impactam diretamente em localidades distintas. Nesse viés, este estudo problematiza a forma pela qual se renovam os ideais cosmopolitas no bojo da sociedade de risco globalizada e, ainda, questiona-se como o cosmopolitismo pluralista contribui para o processo de concretização efetiva dos direitos humanos, especialmente em âmbito internacional.

A hipótese embrionária desta investigação científica reside no fato de que cosmopolitismo pluralista proposto por Ulrich Beck fornece elementos para a construção de uma sociedade pautada na essência da condição de "ser" humano e na proteção de seus direitos fundamentais. Por conseguinte, a reflexão beckniana tornou-se o resultado e a condição de uma nova era: tardia, reflexiva, globalizada e radicalizada, a qual permite o fortalecimento do cosmopolitismo e a

integração internacional que auxiliam na sustentação dos direitos humanos em uma etapa da sociedade repleta de riscos, antagonismos e incertezas globais. Então, o estabelecimento de um novo ideal cosmopolita, que ultrapassa o plano da razão filosófica para compor a realidade social, viabiliza uma série de mecanismos não homogeneizantes para a proteção internacional dos direitos de todos os seres humanos, no sentido de aproximar, por meio do diálogo, as mais diversas culturas.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar o cosmopolitismo formulado por Ulrich Beck, o qual desafia a ótica soberanista e territorial dos Estados nacionais em direção à proteção global dos direitos humanos. Para tanto, esta pesquisa, mediante a utilização do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, estrutura-se em dois momentos distintos. No primeiro, abordam-se os aspectos mais relevantes sobre a vida, a obra e as perspectivas do sociólogo alemão Ulrich Beck. No segundo, analisa a proposta de um novo cosmopolitismo, amparado na defesa das pluralidades culturais, e que, sob a ótica do pensamento de Beck, contribui com a convivência dialógica intercultural e com proteção internacional dos direitos humanos na atual sociedade de risco, interdependente, complexa e globalizada.

1. As perspectivas teóricas de Ulrich Beck para a sociedade globalizada

A compreensão dos pontos de partida do legado cosmopolita de Ulrich Beck implica na necessidade de se analisar alguns dos aspectos mais relevantes acerca da vida e da obra do sociólogo alemão. Neste sentido, pode-se perguntar, então, quem é Ulrich Beck? O autor nasceu no dia 15 de maio de 1944, no contexto final da Segunda Guerra Mundial, em Stolp, na Alemanha – território que atualmente corresponde à cidade de Slupsk e que integra a região da Polônia. Cresceu em Hanover, lugar no qual deu início a sua vida acadêmica. Desde cedo, Beck já possuía uma mentalidade bastante questionadora e logo adquiriu interesse pelo debate intelectual, bem como pelas oportunidades de mudança pessoal e social progressivas que sustentaram a sua carreira como escritor e pesquisador. Na Universidade de Freiburg, Ulrich Beck concluiu os seus estudos em direito e, posteriormente, cursou sociologia, filosofia, psicologia e ciências políticas na Universidade de Munique, local onde ele também obteve seu

doutoramento, no ano de 1972 (BECK, 2011, p. 383; BECK-GERNSHEIM, 2019, s.p.[1]).

Em razão de sua especialização em sociologia, Beck foi professor dessa área na Universidade de Munique, em Harvard e na London School of Economics and Political Science. Além disso, o sociólogo foi editor do jornal *Soziale Welt* e da coleção *Edition Zweite Moderne* (Segunda Modernidade), da editora *Suhrkamp*, como também, foi diretor fundador do centro de pesquisas da Universidade de Munique denominado de *Reflexive Modernisierung* (Modernização Reflexiva), e foi consagrado com vários títulos de doutor *honoris causa* por diversas universidades europeias. Em relação a sua produção intelectual, em sentido estrito, destaca-se que Beck é autor de uma vasta obra considerada como fundamental para a compreensão da sociedade contemporânea. De fato, desde a publicação da "*Sociedade de Risco*" (1986), Ulrich Beck se consolidou mundialmente como um dos teóricos mais relevantes da atualidade, propondo, recentemente, a teoria da metamorfose mundial (BECK, 2018).[2] Por fim, registra-se que o autor, infelizmente, faleceu subitamente, em 1º de janeiro de 2015 (BECK, 2011, p. 383; WILKINSON, 2011, p. 480-481).

Em suas obras, o sociólogo alemão escreveu e refletiu acerca de inúmeros temas considerados básicos no âmbito da sociologia, uma vez que "cresceu em uma era de desenvolvimento econômico sem precedentes, transformação social e reforma democrática"[3] (WILKINSON, 2011, p. 482). Suas reflexões repercutiram pela visão completamente renovada, ousada, cativante e criativa para diversas outras áreas, a exemplo do direito, administração, economia, sociologia ambiental e, inclusive, religião. Estabelecer um conjunto de diálogos e produções com os mais importantes e respeitáveis autores do espectro acadêmico, como no caso da parceria colaborativa com Anthony Giddens, permitiram com que Beck definisse o seu ponto de partida e caracterizasse a complexidade da modernização reflexiva, transitando, em seguida, para a análise da sociedade de risco global.

---

[1] Os autores deste artigo estabeleceram contato via e-mail com a esposa viúva de Ulrich Beck, a socióloga Elisabeth Beck-Gernsheim. Portanto, algumas das informações biográficas possuem como referência a mensagem recebida.

[2] A expressão *metamorfose* é explicitamente utilizada pelo autor em sua última obra (BECK, 2018).

[3] Tradução nossa. Texto original: "[…] grew up in an era of unprecedented economic growth, social transformation, and democratic reform".

Foi em razão do surgimento de novas categorias que o autor formulou essa teoria geral, englobando desde as condições no âmbito das pesquisas científicas, a crise ecológica, o papel dos Estados nacionais, as questões relativas à soberania e ao nacionalismo, dentre outras temáticas atuais (GUIVANT, 2016, p. 229). Para José Manuel Mendes (2015, p. 211), a sociedade de risco de Ulrich Beck consiste em uma das "teorias sociológicas do século XX com mais impacto tanto nos campos das ciências sociais, das ciências jurídicas e das ciências da engenharia, como junto dos decisores políticos e do público em geral." Apesar disso, é importante registrar que o pensamento do sociólogo ainda estava em construção e passando por transformações, mas, com o seu falecimento, infelizmente, sua obra acabou restando incompleta (BECK, 2018). Ademais, ressalta-se que

> [...] suas obras foram amplamente traduzidas e a influência de seu pensamento se espalhou pela Europa e pelo mundo de língua inglesa. Isso foi em parte devido ao fato de que seus argumentos foram considerados como questões-chave para a análise e o debate de teóricos como Zygmunt Bauman e Anthony Giddens. De fato, em alguns setores, juntamente com estes e o sociólogo francês Pierre Bourdieu, Beck agora é festejado como uma das novas figuras "canônicas" da sociologia contemporânea.[4] (WILKINSON, 2011, p. 481).

A virada cosmopolita proposta por Ulrich Beck pode ser encarada como uma ideia revolucionária de compreensão do mundo atual. De fato, sustenta a autor que a sociedade de risco se encontra diante de uma cosmopolitização empírico-analítica que se caracteriza pela essência completamente diferente do cosmopolitismo normativo. Isso porque possui força compulsória, ou seja, não se trata apenas de uma escolha voluntária ou um assunto de elite, e sim de uma metamorfose real do mundo (BECK, 2018). Nesse sentido, na medida em que os problemas globais passam a integrar a agenda cotidiana dos indivíduos e das estruturas de governança global, pode-se afirmar que a sociologia cosmopolita consiste no resultado de uma verdadeira reimaginação dos conceitos de nação e de nacionalidade. Estes entram em conflito com um conjunto de fenômenos oriundos das normas e dos processos globais, tais como: os direitos humanos, as

[4] Tradução nossa. Texto original: "[…] his works were widely translated and the influence of his thought spread throughout Europe and the English-speaking world. This was in part due to the extent to which his arguments were taken up as key matters for analysis and debate by theorists such as Zygmunt Bauman and Anthony Giddens. Indeed, in some quarters, along with these and the French sociologist, Pierre Bourdieu, Beck is now fêted as one of the new "canonical" figures in contemporary sociology.".

migrações transnacionais, as diversas identidades culturais, as polêmicas envolvendo as novas guerras e conflitos locais, os mercados globalizados e a crescente atuação por parte da sociedade civil e das instituições internacionais (BECK, 2016, p. 322; BECK; LEVY, 2015, p. 5-6). Diante disso, nota-se que a globalização fornece um contexto inédito para as transformações que ocorrem no âmbito das identificações nacionais, sendo a cosmopolitização um

> [...] mecanismo através do qual a nacionalidade é reimaginada. Ao contrário dos antigos compromissos filosóficos com o cosmopolitismo como um princípio universalista, a dinâmica sociológica da cosmopolitização implica uma relação interativa entre o global e o local. É um 'processo dialético e não-linear, no qual o universal e o particular, o semelhante e o diferente, o global e o local devem ser concebidos não como polaridades culturais, mas como princípios interconectados e reciprocamente interpenetrantes'.[5] (BECK; LEVY, 2015, p. 6).

Após da publicação do livro *Risikogesellschaft* (Sociedade de Risco), em 1986, alguns meses antes do catastrófico acidente nuclear de Chernobyl, Ulrich Beck traçou a direção de uma das mais importantes e debatidas teorias sociológicas na contemporaneidade, além de originar toda uma diretriz teórica respaldada na ideia da modernização reflexiva. O efeito praticamente premonitório da obra foi confirmado pela realidade da maior explosão nuclear da história, que concedeu uma força efetiva para a perspectiva eminentemente sociológica, a qual se baseava, sobretudo, nos diversos aspectos atinentes à mudança estrutural. Desse modo, o próprio conceito de sociedade e a força da imanência dos fenômenos sociais expressam a radicalidade e a novidade das práticas e políticas que redefinem a ordem social com base no conjunto dos riscos globais.

À vista disso, destaca-se que Ulrich Beck não se entrega ao pensamento pessimista, muito pelo contrário, o sociólogo propõe à sociedade uma verdadeira radicalização da racionalização humana, baseada no conhecimento científico.

[5] Tradução nossa. Texto original: "[…] mechanism through which nationhood is reimagined. Unlike older philosophical engagements with cosmopolitanism as a universalistic principle, the sociological dynamics of cosmopolitanization imply an interactive relationship between the global and the local. It is a 'non-linear, dialectical process in which the universal and particular, the similar and the dissimilar, the global and the local are to be conceived not as cultural polarities, but as interconnected and reciprocally interpenetrating principles'."

Isso significa dizer que, para Beck, a modernização[6] precisa ser reflexiva, uma vez que as civilizações apenas evoluem na medida em que se tornam reflexivas (MENDES, 2015, p. 211-212). É bem verdade que o conceito de "modernização reflexiva" não implica uma simples reflexão, mas, sobretudo, uma autoconfrontação, isso porque, conforme afirma Beck (2012, p. 18, grifo do autor),

> O tipo de confrontação das bases da modernização com as suas consequências deve ser claramente distinguido do aumento do conhecimento e da cientificação no sentido da autorreflexão sobre a modernização. Vamos recordar a transição autônoma, indesejada e despercebida da *reflexividade* da sociedade industrial para aquela da sociedade de risco (para diferenciá-la e contrastá-la com *reflexão*). Sendo assim, "modernização reflexiva" significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial – como está avaliado pelos padrões institucionais desta última. O fato de esta própria constelação poder mais tarde, em um segundo estágio, vir a se tornar objeto de reflexão (pública, política e científica) não deve obscurecer o mecanismo refletido e quase autônomo da transição: é exatamente a abstração que produz e proporciona realidade à sociedade de risco.

Enquanto trabalhava "para tornar conhecido os parâmetros e traços da modernização reflexiva, Beck esteve particularmente atento aos processos sociais e formações culturais que preparam o cenário para novas maneiras de viver em sociedade."[7] (WILKINSON, 2011, p. 481). Além do mais, Ulrich Beck (2011) argumentou a respeito da modernidade tardia, isto é, do surgimento de uma segunda modernidade. Acerca disso, é importante destacar que a primeira modernidade se fundamentava nas sociedades estritamente vinculadas ao Estado soberano, onde as relações e as redes sociais, políticas, econômicas e culturais das comunidades apresentavam uma característica eminentemente territorial.

Com as transformações acarretadas no âmbito dos padrões coletivos da vida em sociedade, com transponibilidade dos fluxos para além das fronteiras territoriais e com a ideia do progresso científico-tecnológico e do controle

---

[6] Por modernização, Ulrich Beck (2011, p. 23) entende que significa o "salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas.".

[7] Tradução nossa. Texto original: "[…] to make known the parameters and traits of reflexive modernization, Beck was particularly attentive to social processes and cultural formations that are setting the stage for new ways of living in society".

político-econômico, o pleno emprego e a relação com o meio ambiente foram completamente afetados por um conjunto de cinco processos característicos da segunda modernidade, quais sejam: o fenômeno da globalização, o individualismo, a revolução sustentada na diferença entre os sexos, o desemprego e os riscos de ordem global (BECK, 2016, p. 381-419). Consequentemente, a concepção sociocientífica que reside na ideia da modernização indica uma variedade de processos visíveis e que possuem um alcance bastante profundo, o qual, de acordo com Beck, (2011, p. 23, grifo do autor), "abrange e reconfigura toda a trama social, no qual se alteram, em última instância, as *fontes da certeza* das quais se nutre a vida".

Em sua obra "*Sociedade de Risco Mundial*", Ulrich Beck (2016, p. 39) expõe uma reflexão teórica amparada na existência dos riscos globais – em especial os relacionados ao meio ambiente, às crises financeiras e às ameaças terroristas –, e, além disso, também apresenta uma análise acerca da dinâmica da individualização e do fato de que as desigualdades mundiais possuem como ponto de partida as vulnerabilidades locais. Desse modo, observa-se que dois pressupostos de Beck possuem uma especial pertinência: o primeiro deles diz respeito à presença cada vez mais ampla de Estados de exceção e a sua relação com o surgimento dos riscos sociais; o segundo argumento, por sua vez, se refere aos limites da segurança e do controle dos perigos e/ou ameaças.

No tocante ao referido Estado de exceção, conceito plenamente difundido pelo filósofo italiano Giorgio Agamben (2004), Beck (2016, p. 84) assevera que em razão dos impactos provocados pelos riscos emergentes na sociedade globalizada, os Estados, e, aqui, inclusive os ocidentais, adotam cada vez mais práticas autoritárias e excludentes. Contudo, é possível verificar que estes são completamente ineficientes para lidar com as distintas ameaças e perigos que surgem continuamente no mundo contemporâneo. Foi em razão desse motivo que os Estados se constituíram como atores simultaneamente fortes e fracassados, os quais se utilizam da justificativa de que para se evitar os riscos gerais e proteger a população, faz-se necessário um Estado autoritário que pode restringir direitos e liberdades individuais (BECK, 2016, p. 99).

Notadamente, com o colapso do sistema bipolar na segunda metade do século XX, o mundo transitou de uma ordem de inimigos para uma ordem de riscos e perigos. Dessa forma, para Beck (2016, p. 84), "o paradigma da fundamentação da segurança centrado nos Estados, segundo o qual Estados ameaçam Estados, não se tornou, de maneira alguma, obsoleto", no entanto, os

perigos que surgem na sociedade de risco mundial, cuja execução e percepção ampliam a intensidade, advém de um paradigma pós-estatal. Esta vasta experiência da exposição dos riscos globais representa um verdadeiro choque para a humanidade, isso porque, a célere evolução da ambivalência não foi, de fato, prevista.

O mencionado choque acarretado pelos riscos exige um recomeço por parte das civilizações, uma vez que esse ato é capaz de criar possibilidades inéditas de ação e condições de convivência entre as diversas culturas, povos e religiões para além das fronteiras dos Estados nacionais (BECK, 2016, p. 100). Nesse sentido, é importante destacar que a ironia histórica presente nas forças autodestruidoras, tanto físicas como éticas, permitiram ao ser humano superar as fronteiras dos Estados e, por conseguinte, a abandonar a ordem internacional moderna na medida em que os povos culturalmente distintos estabelecem relações de interdependência entre si e expressam a capacidade de viverem lado a lado, pacificamente, enquanto iguais e diferentes. Além disso, Ulrich Beck (2016, p. 79) demonstra que, até o presente momento da contemporaneidade,

> [...] todo sofrimento, toda a miséria, toda a violência causada pelas pessoas umas às outras só atingiam as categorias do "outro" – trabalhadores, judeus, negros, requerentes de asilo, dissidentes, mulheres, etc. –, por trás da qual os aparentemente não afetados podiam escapar. A chegada dos perigos globais implica a experiência do "fim do outro", o fim de todas as possibilidades de distanciamento elaboradas. Daí a sua nova força cosmopolita. O seu poder resulta da força de um perigo que elimina todas as zonas de proteção e todas as diferenciações sociais dentro e entre os Estados nacionais, criando novas.

A evidência da globalização dos riscos levou Beck a propor um cosmopolitismo metodológico, capaz de ultrapassar os limites da análise de dados e conceituações nacionais (o que ele denomina de nacionalismo metodológico). Isso significa que quando os riscos são percebidos como onipresentes no âmbito social, eles perpassam, portanto, todas as ações humanas. Diante dessa metamorfose, para o sociólogo, existem três reações possíveis: a negação, a apatia e a transformação. A primeira delas consiste em uma característica cultural da modernidade, a segunda se manifesta no niilismo (aniquilamento ou inexistência) pós-moderno e a terceira reação, por sua vez, constitui o momento cosmopolita da sociedade de risco (BECK, 2016, p. 100). Em consequência, as representações simbólicas do mundo precisam ser articuladas, ao passo em que as negociações transformadoras devem ser firmadas com o objetivo de contestar o sistema mundial, haja vista que esse não se trata de

uma unidade, mas, sim, de uma completa diversidade. Assim, na sociedade globalizada, o cosmopolitismo pode consistir em uma espécie de jogo metapolítico por hegemonia, e, como tal, caracteriza-se enquanto uma luta pela conquista de mentes e corações com base em uma visão ético-política do mundo (VANDENBERGHE, 2011, p. 98). É justamente esse movimento de repensar a sociedade a partir de um novo cosmopolitismo que será aprofundado na sequência.

2. O cosmopolitismo pluralista em consonância com os direitos humanos

No âmbito da sociedade mundial, é bem verdade que as heterogeneidades culturais são múltiplas. Portanto, falar de um cosmopolitismo homogeneizador não consiste em um caminho aceitável para resolver os problemas que afetam a humanidade como um todo. Por mais que as transformações globais acarretem efeitos irreversíveis para a vida dos indivíduos e das coletividades, as identidades e os particularismos plurais das culturas, que se manifestam no seio das civilizações, permanecem solidamente inabaláveis, ainda que estas perpassem por uma série de efeitos colaterais.

No interior de um novo cosmopolitismo situa-se, de um lado, a procura por um conjunto de novas estratégias e métodos de investigação social e, de outro, o questionamento a respeito do comportamento dos seres humanos diante das diferenças existentes no contexto dinâmico das desigualdades e dos conflitos da sociedade de risco global. Sendo assim, conforme afirmou Ulrich Beck em uma entrevista concedida à Terhi Rantanen (2005, p. 249-250), o conceito de cosmopolitização pode ser projetado, muitas vezes,

> [...] para chamar a atenção para o fato de que ele se torna um cosmopolita da realidade também é, e eventualmente, uma função de escolhas coagidas ou um efeito colateral de decisões inconscientes. A escolha de se tornar ou permanecer um 'estrangeiro' ou um 'não-nacional' não é uma regra para um voluntário, mas uma resposta à necessidade aguda, à repressão política ou à ameaça de fome. Ou a cosmopolitização cruza fronteiras como um clandestino, como consequência imprevista de decisões mundanas de mercado: as pessoas desenvolvem um gosto por um tipo particular de música pop ou por comida 'indiana'; ou eles respondem aos riscos globais, classificando seu lixo ou mudando sua dieta; ou investem seu dinheiro em Estados cujas políticas estão em conformidade com o ideal neoliberal de capacidade de resposta aos imperativos do mercado global. 'Cosmopolitização', nesse sentido, significa cosmopolitismo latente, cosmopolitismo inconsciente, cosmopolitismo passivo que molda a

> realidade com efeitos colaterais do comércio global ou ameaças globais, tais como mudanças climáticas, terrorismo ou crises financeiras. Minha vida, meu corpo e minha existência individual tornam-se parte de outro mundo, de culturas estrangeiras, religiões, histórias e interdependências globais, sem que eu perceba ou deseje expressamente isso.[8]

Ao se empenhar no estudo das desigualdades mundiais, tendo como ponto de partida os princípios do cosmopolitismo, Beck confronta-se com uma realidade desagradável: a tentativa de empregar normas cosmopolitas e envolver os indivíduos não nacionais, potencialmente afetados pelas ameaças mundiais, na tomada de decisões enfrenta uma verdadeira incompreensão por parte da ideia conservadora que envolve a autocompreensão nacional predominante. Isso se deve à suposição de que, frequentemente, a dimensão e a autonomia da nação concedem aos estrangeiros a possibilidade de causar danos e prejuízos não somente em seus territórios, mas, também, nos dos outros e das futuras gerações. Portanto, em âmbito sociológico, Ulrich Beck (2016, p. 322) verifica que o conceito "cosmopolita de existência de obrigações recíprocas e fixadas pela lei para além das fronteiras nacionais também está separado deste mundo por um fosso intransponível entre as nações dos decisores, do centro, e das regiões vítimas".

Diante disso, é importante ressaltar, como bem lembra Zygmunt Bauman (2009b, s.p), que todos os seres humanos são "responsáveis pelo outro, estando atento a isto ou não, desejando ou não, torcendo positivamente ou indo contra", pelo simples motivo de que, na sociedade globalizada, tudo o que os indivíduos fazem ou deixam de fazer "tem impacto na vida de todo mundo e tudo o que as pessoas fazem (ou se privam de fazer) acaba afetando [a

[8] Tradução nossa. Texto original: "[…] to draw attention to the fact that the becoming cosmopolitan of reality is also, and even primarily, a function of coerced choices or a side-effect of unconscious decisions. The choice to become or remain an 'alien' or a 'non-national' is not as a rule a voluntary one, but a response to acute need, political repression or the threat of starvation. Or cosmopolitanization crosses frontiers like a stowaway, as an unforeseen consequence of mundane market decisions: people develop a taste for a particular kind of pop music or for 'Indian' food; or they respond to global risks by sorting their rubbish or changing their diet; or they invest their money in States whose policies conform to the neo-liberal ideal of responsiveness to the imperatives of the global market. 'Cosmopolitanization' in this sense means latent cosmopolitanism, unconscious cosmopolitanism, passive cosmopolitanism which shape reality as side-effects of global trade or global threats such as climate change, terrorism or financial crises. My life, my body, my individual existence become part of another world, of foreign cultures, religions, histories and global interdependencies, without my realizing or expressly wishing it.".

humanidade]". Nesse contexto, pode-se afirmar que a verdadeira natureza humana dos indivíduos se remete à cidadania mundial, deixando de lado qualquer vinculação específica a um Estado ou forma de poder.

Nas palavras de David Held (2012, p. 58), para o cosmopolitismo "os seres humanos são reconhecidos como membros ativos do mundo"[9] e, portanto, como afirma a filósofa Martha Nussbaum (1997, p. 40), devem aceitar completamente "o fato de terem obrigações morais com o resto do mundo"[10]. Isso significa dizer que se enquadra na condição de cosmopolita toda e qualquer pessoa que se considera cidadão do mundo inteiro ou, ainda, que faz do mundo a sua pátria em defesa da garantia universal e incondicionada dos direitos humanos, "independentemente da origem nacional e da condição cultural, étnica, religiosa ou econômica de cada indivíduo em particular, o que converteria todo ser humano em um [verdadeiro] cidadão do mundo."[11] (RODAS; RAMÍREZ, 2011, p. 114).

Nesse momento, faz-se importante relembrar a diferenciação proposta por Ulrich Beck (2016, p. 322) entre cosmopolitismo *normativo-político*, de um lado, e cosmopolitismo *metodológico*, de outro. O primeiro pode ser compreendido como uma escolha voluntária ou assunto da elite, enquanto o segundo está fundado em uma lógica de distinção inclusiva. Embora exista uma verdadeira interdependência entre essas duas dimensões, o sociólogo alemão afirma ser necessária a exigência e o desenvolvimento de um cosmopolitismo empírico-analítico das ciências sociais, o qual possui força compulsória. Para Vandenberghe (2011, p. 86), a transição do cosmopolitismo "normativo para o empírico tem de ser articulada sociologicamente e baseada em atores coletivos que possam portar o projeto cosmopolita", fato esse que requer uma superação do nacionalismo metodológico do Estado.

Nessa perspectiva, Ulrich Beck (2008, p. 11) assevera que o "nacionalismo metodológico impede as ciências sociais de entender e analisar as dinâmicas e ambivalências, as oportunidades e ironias da sociedade de risco

[9] Tradução nossa. Texto original: "Los seres humanos son reconocidos como miembros activos del mundo […]".

[10] Tradução nossa. Texto original: "[...] el hecho de tener obligaciones morales con el resto del mundo [...]".

[11] Tradução nossa. Texto original: "[…] sin importar el origen nacional y la condición cultural, étnica, religiosa o económica de cada individuo particular, lo que convertería a todo ser humano en un ciudadano del mundo.".

mundial"[12], isso porque, os seus princípios tentam lidar com os riscos globais de forma isolada. Observa-se que as teorias da primeira modernidade são assinaladas por esse nacionalismo metodológico, o qual relaciona intimamente o conceito de sociedade ao Estado nacional, seguindo uma metodologia que se fundamenta na lógica da distinção exclusiva da ótica nacionalista para a elaboração das distintas conceituações e categorias das ordens sociais e individuais (BECK, 2004, p. 50-51; BOSCO; FERREIRA, 2016, p. 240).

A partir de uma nova interpretação acerca da acepção dos riscos, que não possuem fronteiras tanto espaciais como temporais específicas, ocorre uma ressignificação do conceito de cosmopolitismo. Isso expressa que a vida humana se cosmopolitiza na medida em que a antecipação das catástrofes futuras se introduz no presente e altera a sociedade do século XXI por meio de uma força integrativa sociopolítica de ordem transnacional (BECK, 2016, p. 41-44). Então, nota-se que Beck sustenta que a cosmopolitização reflexiva é o que caracteriza a sociedade da segunda modernidade.

Desse modo, pode-se afirmar que a virada cosmopolita se tornou possível através da instituição do denominado cosmopolitismo metodológico. Esse, por sua vez, parte da diferenciação teórica existente entre a ação social, as práticas e os costumes das mais diversas culturas e as condições de vida transnacionais em relação às perspectivas da sociedade mundial que se vincula pelos riscos globais resultantes da modernização, em uma dimensão espaço-temporal, e se utiliza de uma metodologia fundada na lógica da distinção inclusiva (BECK, 2004, p. 51-52; BOSCO; FERREIRA, 2016, p. 240). A ocorrência de uma verdadeira cosmopolitização social resulta em uma significativa ruptura epistemológica relacionada à ampla reflexividade e à mudança de paradigma: do plano teórico exclusivo para o inclusivo, do nacionalismo para o cosmopolitismo. Portanto, o primado das relações nacionais é substituído pelas globais, em uma dimensão temporal, na qual as questões empírico-analíticas e normativas se flexibilizam para a concretização do cosmopolitismo social, político, histórico e cultural.

Em vista disso, enquanto o desfasado nacionalismo metodológico possui uma centralidade na ação e na consciência de um conjunto de implicações futuras que compartilham o mesmo passado ao nível nacional; o cosmopolitismo

[12] Tradução nossa. Texto original: "methodological nationalism prevents the social sciences from understanding and analysing the dynamics and ambivalences, opportunities and ironies of world risk society.".

metodológico consiste em uma série de implicações presentes que compartilham um futuro em escala global, sem fundamentar-se em um passado comum (BECK, 2016, p. 36-37). Na sociedade contemporânea, Beck (2016, p. 36) afirma que "todos os grupos étnicos e religiosos, todas as populações têm, pela primeira vez na história, um presente comum: os povos tornaram-se próximos de todos os outros e os abalos numa parte do globo propagam-se a uma velocidade extraordinária por toda a população mundial".

Por conseguinte, ainda que o momento presente seja o mesmo para todos os povos, isso não significa que o passado e tampouco o futuro sejam comuns, haja vista que o mundo se encontra unido sem que isso consista, verdadeiramente, numa intenção das distintas civilizações. Esse fato acaba por sobressair "as contradições entre as culturas, os passados, as circunstâncias, as religiões – em especial na avaliação e na forma de lidar com os perigos globais (alterações climáticas, terrorismo, energia nuclear, armas nucleares)." (BECK, 2016, p. 37). É justamente em razão de tais fatores que o cosmopolitismo empírico-analítico e metodológico passa a ser necessário para compreender as dinâmicas dos conflitos interculturais na sociedade globalizada (BECK, 2009, p. 17). Assim sendo, pode-se perceber que, ao mesmo tempo em que

> [...] a sociedade de risco mundial – numa comparação histórica, por exemplo, com o cosmopolitismo da Antiguidade (*Stoa*), com o *jus cosmopolitico* do Iluminismo (Kant) ou com o crime contra a humanidade (Hannah Arendt, Karl Jaspers) – desencadeia um "momento cosmopolita": os riscos globais confrontam-se com o outro aparentemente excluído. Derrubam fronteiras nacionais e misturam o nativo com o estrangeiro. O outro afastado torna-se o outro interno – não na sequência da migração, mas sim de riscos globais. O quotidiano torna-se cosmopolita: as pessoas têm de se atribuir sentido à sua vida no intercâmbio com outros, e não no encontro com os seus semelhantes. (BECK, 2016, p. 42-43).

De fato, aprender sobre os outros povos não consiste apenas em um ato de compreensão cosmopolita. Constitui-se também no entendimento da realidade sobre si próprio em que a pessoa está envolvida e em se identificar com o outro. Nesse contexto, os dualismos ontológicos tais como o nacional e o internacional, nós e os outros, o interno e o externo, adquirem uma nova moldura sociológica sob a ótica do cosmopolitismo empírico-analítico, o qual abre novos horizontes de caráter transnacional que possibilitam o confronto com os nacionalismos que operam no interior dos Estados.

Para Ulrich Beck (2008, p. 12), "uma sociologia cosmopolita distingue claramente a si própria de uma universalista, porque ela não parte de algo abstrato"[13], muito pelo contrário, os "conceitos chaves como contingência, ambivalência, interdependência, interconexão alcançam o palco central juntamente com as questões metodológicas apresentadas por eles"[14] e, portanto, a sociologia cosmopolita estabelece "novas perspectivas indispensáveis para contextos aparentemente isolados, familiares, locais e nacionais. Com essa nova 'visão cosmopolita', segue-se o caminho empírico e metodológico"[15]. Dessa forma, é evidente que o cosmopolitismo consiste em uma forma de organização da sociedade globalizada que se institucionaliza de uma maneira socialmente rica de possibilidades no atual cenário mundial, sobrecarregado de ambiguidades e contradições.

Diante disso, o significado da perspectiva cosmopolita remete-se ao sentido do mundo, da ausência de fronteiras, no qual o ser humano configura-se como o verdadeiro protagonista (BECK, 2005, p. 29). Nesse contexto, o desenvolvimento e a presença de diversidades socioculturais nos centros urbanos contribuem, significativamente, com o incremento dos fluxos de pessoas em busca de novas ou melhores oportunidades. Tais fatores atraem um número elevado de migrantes que deixam os seus países pelos mais variados motivos com o intuito de alcançar condições de vida mais dignas.

Então, torna-se necessária, a proposição de ideais cosmopolitas para o exercício de políticas voltadas à hospitalidade integracionista, haja vista que a globalização criou possibilidades para a consolidação de um novo mundo, dotado de uma "realidade histórica unitária, ainda que ele seja extremamente diversificado" (SANTOS, 2017, p. 173). Entretanto, na mesma proporção em que se desenvolvem as liberdades e as pluralidades, também emergem variadas formas de intolerância, opressão, disparidade e discriminação. Assim, é notório o paradoxo existente na essência da "multidão" global (HARDT; NEGRI, 2005, p. 12), isso porque, todos os tipos de preconceitos excludentes encontram-se

[13] Tradução nossa. Texto original: "A cosmopolitan sociology clearly distinguishes itself from a universalist one, because it doesn't start out from something abstract".

[14] Tradução nossa. Texto original: "the key concepts like contingency, ambivalence, interdependence, interconnectedness take centre stage along with the methodological questions posed by them".

[15] Tradução nossa. Texto original: "indispensable new perspectives on seemingly isolated, familiar, local and national contexts. With this new 'cosmopolitan vision' it follows the empirical and methodological".

presentes, ao mesmo tempo em que "o indivíduo pode perceber mais limpidamente a cidadania, o cosmopolitismo e os horizontes da sua universalidade" (IANNI, 2014, p. 86).

Nesse aspecto, os autores Ulrich Beck, Wolfgang Bonss e Christoph Lau (2003, p. 8) questionam-se acerca de "quais recursos devemos ter para transformar as sociedades organizadas exclusivas do Estado-nação em sociedades e Estados cosmopolitas inclusivos, que trazem para o interior das comunidades humanas os Outros culturais?"[16]. Essa consiste em uma tarefa pratico-teórica do cosmopolitismo democrático, o qual "procura estender as normas e direitos que sustentam a vida viável aos Outros anteriormente marginalizados na época do colonialismo e do imperialismo e na Sociedade Mundial de Risco de hoje."[17] (BECK; BONSS; LAU, 2003, p. 8).

Diante disso, faz-se necessário o pleno fortalecimento das democracias onde se multiplicam as liberdades e as possibilidades de ser, agir e pensar mais plenamente acerca da individualidade e da humanidade como um todo, ou seja, na dimensão do mundo, ampliando a identificação de um indivíduo com outros, por mais desafiador e paradoxal que isso possa significar, no sentido das propostas voltadas para a consolidação dos ideais de altruísmo e empatia no interior das civilizações. Mas, afinal, quem é que precisa do cosmopolitismo? Para o sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 29), a resposta desta indagação constitui-se bastante simples: "quem quer que seja vítima de intolerância e de discriminação precisa de tolerância; quem quer que veja ser-lhe negada a dignidade humana essencial precisa de uma comunidade de seres humanos; quem quer que seja não-cidadão precisa de uma cidadania mundial".

Dessa forma, a sociedade internacional contemporânea se encontra diante de uma constelação cosmopolita capaz de criar novas reivindicações e demandas de legitimação, afirmadas no âmbito interno ou externo, para integrar os grupos e indivíduos excluídos da sociedade globalizada (BECK; BECK-GERNSHEIM, 2002, p. 22-23). Frente a isso, evidencia-se que a cosmopolitização consiste em um processo assimétrico permeado pelas relações

[16] Tradução nossa. Texto original: "what resources must we have in order to transform the exclusive nation-state organized societies into inclusive cosmopolitical societies and States, which bring into the human communities the cultural Others?".

[17] Tradução nossa. Texto original: "[…] seeks to extend the norms and rights that sustain viable life to the previously disenfranchised Others of the age of colonialism and imperialism and today's World Risk Society.".

de força e de poder, o qual pode produzir um conjunto de disparidades no interior e entre as civilizações. Este fator desencadeia um conjunto de questões cosmopolitas destacadas por Beck (2002, p. 20), quais sejam: "podem as razões dadas pela sociedade para justificar a exclusão dos estrangeiros serem questionadas pelos membros da sociedade e também pelos estrangeiros? Quem questiona, quem decide, quem justifica e define quem é 'quem'?"[18].

Além disso, "podem os membros [da sociedade] exigirem o direito à homogeneidade para excluir outros? O direito de 'autodeterminação étnica'? O direito de 'homogeneidade religiosa', da 'homogeneidade racial'? De 'limpeza étnica'?"[19]. Apesar da falta de uma governança mundial, as respostas são negativas e se respaldam no ideal kantiano da cidadania mundial, uma vez que conforme Ulrich Beck (2002, p. 20), somente a criação de um "estado cosmopolita, fundado na alteridade do outro"[20] pode encontrar as melhores decisões para a constituição de uma sociedade de risco mundial mais inclusiva e que respeite as heterogeneidades dos povos que a compõem. De fato, sem o Estado de Direito, existiriam apenas as regras das forças sociopolíticas e econômicas, e não as sociedades cosmopolitas tão almejadas. No entanto, é importante destacar que

> […] o Estado de Direito não é estático, especialmente no mundo atual da modernização reflexiva. Tem de haver um sentido fundamental dos princípios, da memória cosmopolita e das normas a serem expressas pela lei – e observadas mesmo sem lei – para que possa haver confiança compartilhada, um *ethos* contra o qual as normas globais estão sendo institucionalizadas […]. Duvida-se que as sociedades cosmopolitas sejam menos éticas e históricas do que as sociedades nacionais. Mas, o cosmopolitismo carece de orientação, talvez porque é muito maior e inclui tantos tipos diferentes de pessoas com costumes conflitantes, esperanças e vergonhas variadas, tantas possibilidades e riscos tecnológicos e científicos, colocando questões que as pessoas nunca enfrentaram antes. Há, em todo caso, uma maior necessidade sentida de uma evidente dimensão ética nas decisões, tanto privadas quanto públicas, que intervêm

[18] Tradução nossa. Texto original: "[…] can the reasons which a society gives for the exclusion of strangers be questioned by members of this society and strangers alike? Who questions, who decides, who justifies and who defines who 'who' is?".

[19] Tradução nossa. Texto original: "May members claim a right to homogeneity to exclude others? The right of 'ethnic self-determination'? The right of 'religious homogeneity', 'racial homogeneity'? Of 'ethnic cleansing'?".

[20] Tradução nossa. Texto original: "cosmopolitan state, founded upon the otherness of the other".

> em todos os aspectos da vida e se somam à textura das sociedades cosmopolitas.[21] (BECK, 2002, p. 20).

Com efeito, ocorre uma verdadeira necessidade de se repensar a respeito dos conceitos e valores considerados como essenciais para as sociedades cosmopolitas, haja vista que estas já são consideradas evidentes no contexto atual, assim como os novos dilemas humanos. Nesse sentido, o cosmopolitismo "não é uma questão de pós-modernidade ou não-modernidade, mas de uma nova regra de modernidades globalizadas e emaranhadas que destacam a urgência das demandas da sociedade de risco mundial."[22] (BECK, 2002, p. 21). É justamente por isso que a denominada sociologia cosmopolita determina fundamentos imprescindíveis de redefinição, reinvenção e reorganização para superar os complexos desafios relacionados a dois elementos substanciais na contemporaneidade, quais sejam: a globalização e a individualização.

O debate acerca da globalização possui um viés territorial, enquanto as questões relacionadas à individualização indagam e criticam o viés coletivo das ciências sociais. Para Beck (2001, p. 277) a ideia do cosmopolitismo "integra a individualização no contexto da glocalização"[23], ou seja, "o cosmopolitismo é, de fato, tanto uma propriedade do indivíduo quanto do sistema global"[24]. Portanto, pode-se afirmar que é a partir da consolidação de ambos os elementos que se torna possível compreender as raízes históricas dos processos civilizatórios, as

[21] Tradução nossa. Texto original: "Without the rule of law there is only the rule of force and ruse – not the cosmopolitan societies we are looking for. But the rule of law is not static, especially in today's world of reflexive modernization. There has to be a fundamental sense of the principles, the cosmopolitan memory and norms to be expressed through the law – and observed even without law – so there can be shared confidence, an *ethos* against which global norms are being institutionalized […]. It is doubtful that cosmopolitan societies are any less ethical and historical than national societies. But cosmopolitanism lacks orientation, perhaps because it is so much bigger and includes so many different kinds of people with conflicting customs, assorted hopes and shames, so many sheer technological and scientific possibilities and risks, posing issues people never faced before. There is, in any case, a greater felt need for an evident ethical dimension in the decisions, both private and public, that intervene in all aspects of life and add up to the texture of cosmopolitan societies.".

[22] Tradução nossa. Texto original: "It is not a matter of post-modernity or non-modernity, but of a new rule of globalized entangled modernities that highlight the urgency of demands of the world risk society.".

[23] Tradução nossa. Texto original: "[…] integrate individualization into the context of glocalization".

[24] Tradução nossa. Texto original: "[…] the cosmopolitanism is in fact as much a property of the individual as it is of the global system".

especificidades culturais e o amplo significado social da instituição de um cosmopolitismo pluralista, o qual não visa a homogeneização social em suas mais variadas formas (BECK, 2002, p. 21; BECK; BONSS; LAU, 2003, p. 30).

É importante observar que a pluralidade cultural e os valores hospitaleiros constituem-se nos princípios fundamentais da percepção contemporânea do cosmopolitismo. Isso exige, de fato, um olhar historicamente desperto, reflexivo e dialógico sobre as ambivalências que existem nos espaços sociais, caracterizados por um conjunto de contradições e diferenciações múltiplas entre as pluralidades de indivíduos, grupos, classes, nações e culturas, as quais se transfiguram continuamente em razão da complexidade do entorno em que se situam. Por certo, as visões multiculturalistas e cosmopolitas não se excluem, pelo contrário, são complementares e se fortalecem mutuamente, pois nenhuma civilização consegue, sozinha, apresentar todas as soluções para os problemas da humanidade.

Conforme evidencia Zygmunt Bauman (2009a, p. 44), "não existem indivíduos totalmente idênticos, isso é impossível. Existimos porque somos diferentes, porque consistimos em diferenças", entretanto, as heterogeneidades não podem impedir o convívio entre as pessoas e, tampouco, transgredir os direitos humanos, isso porque, "não importam quais sejam essas diferenças, o que as determina é a natureza das fronteiras que traçamos". Nesse sentido, o reconhecimento das diversidades culturais, fundamentado na ótica cosmopolita, consiste em um dos pontos de partida para a solução dos diversos conflitos existentes na sociedade internacional contemporânea, isso porque, o cosmopolitismo de essência pluralista rejeita os particularismos fechados e rompe com os localismos estatais (BECK, 2005, p. 29; SALDANHA, 2018, p. 18).

Tendo isso em vista, Ulrich Beck (2016, p. 113) evidencia que o conceito sociológico do cosmopolitismo "se refere a uma forma particular de lidar socialmente com a alteridade cultural", a qual nada mais é do que o resultado e a condição de uma nova etapa – a da modernidade reflexiva –, na qual submergem, gradativamente, as fronteiras e os entraves das diferenciações nacionais e sobrevém novos pressupostos que contribuem para a proteção do direito internacional dos direitos humanos e das pluralidades no mundo atual. Além disso, ao contrário do universalismo, que pressupõe a dissolução das diferenças ou, ainda, do nacionalismo, que unifica e delimita as distinções entre os indivíduos através dos contrastes nacionais e culturais, o "cosmopolitismo

distingue-se destas formas transformando a inclusão do outro em realidade e/ou máxima" (BECK, 2016, p. 113).

Em um sentido normativo, a máxima cosmopolita consiste no reconhecimento da alteridade cultural, tanto em âmbito interno como externo, de tal modo que as diferenças não sejam hierarquizadas ou eliminadas, mas, sim, plenamente aceitas enquanto tal; já a realidade de um mundo no qual a pluralidade dos indivíduos é reconhecida e todos compartilham os ideais de empatia em relação às diferenciações e de alteridade para com o outro consiste, de fato, no grande desafio do século XXI, uma vez que não existe lugar no globo que não esteja distante da situação em que essas condições sejam completamente aceitas. Assim, em razão das transformações políticas e tecnológicas, ainda que exista uma perspectiva otimista para a instituição de um espaço de experiências simultâneas, voltado para a concretização de uma civilização global integrada, a sociabilidade humana está

> [...] testemunhando o surgimento da possibilidade de um horizonte de percepção e experiência de um mundo único, no qual as diferenças entre culturas se perpetuam e aumentam as interdependências. [...] Deste ponto de vista histórico, não é que está surgindo uma espécie de civilização humana unitária igual para todos e global em seu escopo, mas que está emergindo uma enorme variedade de mundos vitais opostos.[25] (BECK, 2005, p. 15-16).

No entanto, graças à tomada de consciência no que concerne à dinâmica da sociedade de risco global, Beck (2016, p. 112) afirma que todos os indivíduos vivem em uma "vizinhança direta com todos, portanto num mundo com outros que não podem ser excluídos". Frente a isto, o aspecto fundamental do cosmopolitismo pluralista consiste, antes de qualquer coisa, em uma verdadeira obrigação de inclusão daqueles que são culturalmente diferentes em todo o mundo. É evidente que a pluralidade dos outros, ainda que seja negada, já não pode mais ser eliminada, haja vista que as heterogeneidades culturais são cada vez mais acentuadas no âmbito do tecido social e, portanto, as civilizações humanas acabam partilhando a afinidade da diferença. Isso significa que o momento cosmopolita da contemporaneidade consiste, conforme Ulrich Beck

[25] Tradução nossa. Texto original: "[…] presenciando el surgimiento de la posibilidad de un horizonte de percepción y experiencia de un mundo único, en el que se perpetúan las diferencias entre las culturas y aumentan las interdependencias. [...] Desde este punto de vista histórico, no es que esté surgiendo una especie de civilización humana unitaria igual para todos y global en su alcance, sino que está surgiendo una enorme variedad de mundos vitales opuestos.".

(2016, p. 114, grifo do autor), na "*conditio humana* da irrevogável impossibilidade de exclusão do culturalmente outro", onde "todos se encontram num espaço de perigo global comum – sem saída", sendo possíveis "reações extremamente contraditórias a esta situação, incluindo renacionalizações, xenofobias, etc. *Uma* delas inclui o *reconhecimento* do outro como igual *e* diferente".

Nessa conjuntura, pode-se afirmar que a sociedade de risco exige um verdadeiro olhar sobre a pluralidade do mundo, a qual, sob a ótica nacionalista, poderia ser ignorada. Nota-se, então, que os riscos inauguram um espaço político e moral capaz de originar uma cultura civil de responsabilidade que transcenda as fronteiras territoriais e as contradições sociais, isso porque, a conjuntura atual traz à tona as "experiências traumáticas da comunidade criada à força pelos riscos globais que ameaçam a existência de todos" (BECK, 2016, p. 113). Assim, as pluralidades e os riscos que não podem ser excluídos tornam visíveis as "abordagens e os princípios que poderiam e deveriam tornar possível um pensamento e uma ação cosmopolita." (BECK, 2016, p. 114).

Dessa forma, para que a heterogeneidade cultural seja reconhecida e, mais do que isso, respeitada, a sociedade precisa pensar em conjunto com a essência dos preceitos do cosmopolitismo pluralista. Até porque, por mais impossível que possa parecer a instauração de uma sociedade internacional como um lugar comum de segurança, de respeito às heterogeneidades e de proteção aos direitos inerentes aos seres humanos, a civilização somente pode alcançar o verdadeiro progresso quando um ser humano, considerado e respeitado em suas singularidades, sentir-se efetivamente responsável pela humanidade do outro, como igual e diferente, independentemente do lugar em que ele esteja, pela mesma condição de cidadão do mundo.

Nesse contexto, deve-se trabalhar para a construção de um discurso humanitário contra-hegemônico, de tal forma que seja possível prevenir as violações e opressões dos direitos humanos, como também, que se consiga criar uma nova cultura capaz de promover um diálogo intercultural que impeça a humanidade de voltar à barbárie. Ou seja, que a convivência entre os seres humanos não se restrinja a uma conformação social baseada na violência e desprovida de valores capazes de estabelecer vínculos de solidariedade, referenciados nas possibilidades de concretização do cosmopolitismo pluralista. Portanto, pensar enquanto membros de uma sociedade cosmopolita, segundo os pressupostos do direito de cidadania mundial, consiste em uma ideia verdadeiramente sublime e que não pode ser pensada sem um vasto entusiasmo.

CONCLUSÃO

As transformações das últimas décadas foram, de fato, muito profundas e, em consequência, pode-se afirmar que já estamos vivendo em um novo mundo. Essa realidade inédita exige a formulação de novas formas de compreensão do globo e a adoção de práticas sociais e políticas que consigam incorporar a necessidade de combinação da cooperação entre os povos com os ideais cosmopolitas, os quais atestam a existência de uma comunidade mundial. Então, o cosmopolitismo deixou de ser uma simples ideia da razão, ainda muito contestada, para emigrar dos sonhos filosóficos à realidade pura e simples, desafiando a ordem nacional do velho modelo de Estados westfalianos e impulsionando a defesa da proteção internacional dos direitos humanos em consonância com a essência das heterogeneidades dos cidadãos do mundo.

Com isso, os pressupostos mais importantes do chamado nacionalismo metodológico (simbolizado na centralidade dos Estados e da vida nacional) e suas implicações tradicionais estão sendo afastados. Tal superação é fundamental para a compreensão do conjunto de processos complexos e contraditórios socialmente existentes na configuração do mundo, os quais revelam, por um lado, um crescente intercâmbio de múltiplas histórias e culturas, políticas e economias, moedas e mercados, idiomas e religiões e, por outro, uma constante transformação. Esse movimento fez com que o modelo westfaliano da sociedade de Estados fosse debilitado e substituído gradualmente por uma nova forma de organização mundial, a qual se caracteriza por uma verdadeira metamorfose da realidade e que reforçou a dinâmica cosmopolita de integração. Assim, o cosmopolitismo contemporâneo adquiriu uma relevância inédita e retomou o conceito de cidadão do mundo. Isso se deu em razão do fato de que as modificações da sociedade atual possibilitaram a retomada da ideia de superação das fronteiras políticas e identitárias nacionais, com escopo na unidade da humanidade.

Nesse sentido, o cosmopolitismo passou a ser objeto de grandes debates e teorizações na atualidade. Em geral, pode-se afirmar que a teoria cosmopolita representa não apenas uma renovação específica, mas, sobretudo, uma inovação das relações internacionais, isso porque, ela oferece uma perspectiva baseada nos princípios da cidadania mundial, os quais contribuem para a dissolução do anacrônico modelo soberanista e territorial. Daí, portanto, a complexidade da interdependência entre os povos desperta um pensamento reflexivo acerca do cosmopolitismo e da complexidade das ambivalências existentes entre os seres

humanos de culturas diversas. Assim, a transição da perspectiva nacionalista para a cosmopolita leva em consideração o contexto do mundo e da ausência de fronteiras para superar os inúmeros desafios que dificultam a efetivação do direito internacional dos direitos humanos e, por conseguinte, a consolidação dos ideais de empatia, altruísmo e hospitalidade.

À vista disso, é bem verdade que as heterogeneidades culturais são múltiplas. Portanto, falar de um cosmopolitismo homogeneizador não consiste em um caminho aceitável para resolver os problemas que afetam a humanidade como um todo. Por mais que as transformações globais acarretem efeitos irreversíveis para a vida dos indivíduos e das coletividades, as identidades e os particularismos plurais das culturas, que se manifestam no seio das civilizações, permanecem solidamente inabaláveis, ainda que estas perpassem por uma série de efeitos colaterais. Desse modo, a sociedade internacional atual adquiriu novos contornos e possibilidades para a concretização de um panorama cosmopolita pluralista, estabelecendo destaque para a cooperação entre os Estados nacionais e para a necessidade de proteção dos direitos inerentes aos seres humanos.

Sobre esse aspecto, o desafio de pensar o mundo como uma comunidade global requer uma reflexão acerca das novas relações socioculturais que se desenvolveram e que adquiriram um significativo destaque na contemporaneidade. Sob um olhar cosmopolita cotidiano e reflexivo no tocante às relações ambivalentes e plurais, Ulrich Beck procurou: compreender o mundo a partir das experiências de crise da sociedade de risco global; analisar as condições necessárias para o reconhecimento das diferenças sociais em âmbito mundial; refletir acerca da empatia cosmopolita e da mudança de perspectivas; verificar a impossibilidade atual de se viver em uma sociedade totalmente sem fronteiras, sendo imprescindível, para tanto, redefinir velhas concepções e; observar o princípio da interrelação – pacífica ou não – entre as culturas distintas e a capacidade dialógica.

Outrossim, para que o mundo se torne metaforicamente unificado e conectado entre si por meio de um projeto comum para a humanidade e da perspectiva do diálogo intercultural, faz-se mais do que necessário deixar para trás o globalismo rumo ao cosmopolitismo. Isso quer dizer que os ideais cosmopolitas pluralistas se traduzem como um processo de unificação simbólica das civilizações, buscando, através do diálogo entre as distintas culturas, a construção de um mundo comum e a solução para os riscos e problemas da humanidade. Com efeito, a instituição de uma paz universal duradoura e a

concretização efetiva dos direitos humanos se estabelece a partir da cooperação e da integração cosmopolita não homogeneizante. Esta, por sua vez, está pautada na diversidade sem unidade entre os povos de diferentes culturas, etnias, raças, religiões e ideais, os quais somente conseguem manifestar a sua existência em virtude da identidade e da essência comum de "ser" humano".

Frente a isso, a análise da obra de Ulrich Beck permite perceber que a dinâmica da globalização está inclinada a produzir a cosmopolitização da sociedade. Assim, no âmbito das investigações e dos debates sociológicos, Beck preocupou-se em fomentar formas de pensamento crítico que desafiam a política mundial voltada para uma reforma capaz de viabilizar um novo cosmopolitismo, pautado nos ideais de altruísmo e empatia entre indivíduos plurais, isto é, de culturas diversas. Isso ocorre em razão do fato de que a interdependência dos povos alcançou um grau de intensidade jamais presenciado em outros momentos da história civilizacional. Por fim, é notório que o cosmopolitismo pluralista contribui para a criação de espaços públicos abertos às diferentes cores, raças, gêneros, etnias, culturas, religiões e expressões presentes na humanidade. Esta é uma alternativa importante gerada na atualidade e um desafio imenso para todos os cidadãos do mundo que desejam uma vida melhor e o reconhecimento jurídico, político e social de proteção internacional dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade.* Trad. de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009a.

BAUMAN, Zygmunt. *Entrevista:* Zygmunt Bauman. Rio de Janeiro: Zahar - Blog da Editora, 24 mar. 2009b. Disponível em: https://zahar.com.br/blog/post/entrevista-zygmunt-bauman-2. Acesso em: 14 nov. 2020, 17:12:30.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo:* novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In:* BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna.

Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012. Capítulo I - p. 11-87.

BECK, Ulrich. Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision. *Constellations*, vol. 16, n. 1, march. Oxford: Journal Compilation - Blackwell Publishing, 2009. p. 3-22. Disponível em: https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2009.00534.x. Acesso em: 15 nov. 2020, 10:25:00.

BECK, Ulrich. Interview with Ulrich Beck. *SAGE Journals - Journal of Consumer Culture*, vol. 1, n. 1, july. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 2001. p. 261-277. Disponível em: https://doi.org/10.1177/146954050100100209. Acesso em: 16 nov. 2020, 15:45:00.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz.* Barcelona: Paidós, 2005.

BECK, Ulrich. *Poder y contrapoder en la era global:* la nueva economía política mundial. Traducción de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial:* em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2016.

BECK, Ulrich. Risk Society's 'Cosmopolitan Moment'. Lecture at Harvard University - November 12th, 2008. *Com Ciência*, São Paulo: Unicamp - Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, 2008. p. 1-12. Disponível em: http://www.labjor.unicamp.br/comciencia/files/risco/AR-UlrchBeck-Harvard.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020, 11:56:15.

BECK, Ulrich. The Cosmopolitan Society and Its Enemies. *SAGE Journals - Theory, Culture & Society*, vol. 19, n. 1-2, april. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 2002. p. 17-44. Disponível em: https://doi.org/10.1177/026327640201900101. Acesso em: 14 nov. 2020, 16:37:00.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *Individualization:* institutionalized individualism and its social and political consequences. London: SAGE Publications, 2002.

BECK, Ulrich; BONSS, Wolfgang; LAU, Christoph. The Theory of Reflexive Modernization: Problematic, Hypotheses and Research Programme. *SAGE Journals - Theory, Culture & Society*, vol. 20, n. 2, april. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 2003. p. 1-33. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0263276403020002001. Acesso em: 14 nov. 2020, 09:10:00.

BECK, Ulrich; LEVY, Daniel. Cosmopolitanized Nations: Re-imagining Collectivity in World Risk Society. *SAGE Journals - Theory, Culture & Society,* vol. 30, n. 2, march. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2015. p. 3-31. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0263276412457223. Acesso em: 08 nov. 2020, 08:15:10.

BECK, Ulrich; RANTANEN, Terhi. Cosmopolitanization - now!: An interview with Ulrich Beck. *SAGE Journals - Global Media and Communication*, vol. 1, n. 3, december. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 247-263. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1742766505058122. Acesso em: 13 nov. 2020, 19:30:00.

BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *CONTACT FROM BRAZIL - Master's Thesis - Ulrich Beck*. [mensagem pessoal]. Mensagem enviada por beck-gernsheim@lmu.de e recebida por alineleves@hotmail.com em 27 jan. 2019.

BOSCO, Estevão; FERREIRA, Leila. Sociedade mundial de risco: teoria, críticas e desafios. *Sociologias*, vol. 18, n. 42, mai./ago. Porto Alegre: PPGS - UFRGS, 2016. p. 232-264. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/15174522-018004211. Acesso em: 15 nov. 2020, 18:43:00.

GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. *Ambiente & Sociedade,* vol. 19, n. 1, jan./mar. São Paulo: ANPPAS, 2016. p. 229-240. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/asoc/v19n1/pt_1809-4422-asoc-19-01-00227.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020, 12:57:00.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão:* guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

HELD, David. *Cosmopolitismo:* ideales y realidades. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza Editorial. 2012.

HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2019.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MENDES, José Manuel. Obituário - Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco. *Análise Social*, vol. 50, n. 214, (1.º) jan./mar. Lisboa: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa - Análise Social, 2015. p. 211-215. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_214_o01.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020, 10:35:00.

NUSSBAUM, Martha. Educar ciudadanos del mundo. *In:* NUSSBAUM, Martha; RORTY, Richard; RUSCONI, Gian Enrico; VIROLI, Maurizio. *Cosmopolitas o patriotas.* Traducción de Guillermo Piro. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 33-43.

RODAS, Francisco Cortés; RAMÍREZ, Felipe Piedrahita. *De Westfalia a Cosmópolis:* soberanía, ciudadanía, derechos humanos y Justicia económica global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Antioquia - Instituto de Filosofía, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico:* teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Tradução de João Paulo Moreira. [Online], vol. 65, n. l. mai. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2003. p. 3-76. Disponível em: http://journals.openedition.org/rccs/1180. Acesso em: 14 nov. 2020, 15:12:00.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização:* do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2017.

VANDENBERGHE, Frédéric. Um Estado para o Cosmopolitismo. *Novos Estudos*, n. 90. jul. São Paulo: CEBRAP - Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2011. p. 85-101. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000200007. Acesso em: 07 nov. 2020, 17:17:00

WILKINSON, Iain. Ulrich Beck. *In:* RITZER, George; STEPNISKY, Jeffrey (Editors). *The Wiley-Blackwell Companion to Major Social Theorists.* Volume 1. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell Publishing, 2011. p. 480-499. Disponível em: https://doi.org/10.1002/9781444396621.ch39. Acesso em: 17 nov. 2020, 10:25:00.

EL ACAPARAMIENTO DE TIERRAS COMO DESAFÍO GLOBAL: un enfoque basado en el derecho internacional de los derechos humanos

Estrella del Valle Calzada
Universitat de València
València, España
estrella.valle@uv.es

Resúmen: El fenómeno de la globalización ha traído consigo la aparición de acuciantes desafíos para los derechos humanos necesitados de respuestas eficaces para su salvaguarda y protección. Los nuevos actores se han erigido como propietarios del proceso, anteponiendo intereses empresariales y especulativos al propio bienestar de los individuos. De entre los numerosos desafíos planteados encontramos el llamado fenómeno de acaparamiento de tierras o *land grabbing*. Son múltiples las variaciones terminológicas con las que se hace referencia al concepto en función de diferentes cadencias ideológicas. Desde la pretendida neutralidad del Banco Mundial por medio de las "adquisiciones de tierra a gran escala", hasta las "usurpaciones de tierras" a las que hacen alusión las organizaciones del tercer sector. Pese a estas discrepancias, el verdadero problema radica en el auge que su práctica, remontada en sus orígenes al colonialismo, ha experimentado en los últimos tiempos. El objeto de la presente contribución será ofrecer una visión holística de las prácticas asociadas a este fenómeno, con especial atención a las implicaciones que puedan derivarse desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos. En su desarrollo, compuesto de cuatro apartados, partiremos del fenómeno de la globalización, contextualizando su impacto en el sector rural, para después pasar a conceptualizar el acaparamiento de tierras. Analizaremos también algunas de las más graves vulneraciones de derechos humanos que acompañan a esta actividad, ubicada mayoritariamente en la geografía del Sur Global, para finalmente pasar a estudiar en qué sentido estas vulneraciones suponen un colosal desafío para el derecho internacional y qué respuestas normativas están siendo planteadas desde organismos internacionales.

Palabras-clave: Acaparamiento de tierras, vulneraciones de derechos humanos, derecho a la tierra

Abstract: Globalisation has brought with it the emergence of pressing challenges to human rights, which need effective international responses to safeguard and protect them. New actors have emerged as owners of the process, putting business and speculative interests before the well-being of individuals. Among the many challenges that have been raised, we highlight the so-called phenomenon of land grabbing. The aim of this contribution will be to offer a holistic vision of the

practices associated with this phenomenon, with special attention to the implications that can be derived from the perspective of international human rights law. In its development, consisting of four headings, we will start with the globalisation phenomenon, contextualising its impact on the rural sector, and then, we will move on to conceptualise the land grabbing. We will also analyse some of the most serious violations of human rights perpetrated by this activity, which is mainly located in the Global South. Finally, we will study in what sense these violations represent a serious challenge to international law and what normative responses are being proposed by international organisations.

Key-Words: Land Grabbing; human rights violations; right to land

INTRODUCCIÓN

Este artículo plantea un análisis de la idea de la globalización desde la perspectiva de su impacto en las cuestiones vinculadas a la tierra y a los derechos humanos de las comunidades rurales. A este respecto, nuestro recorrido deberá partir de un breve análisis del fenómeno global y de los desafíos que éste ha traído consigo. Entre los mismos encontraremos, como uno de tantos, las prácticas del llamado acaparamiento de tierras, temática central de la presente contribución. Tras analizar de forma sucinta su conceptualización, caracteres básicos, actores y usos principales de la tierra acaparada, pasaremos a adentrarnos en las repercusiones de su práctica para los derechos humanos de las poblaciones y territorios afectados: cómo este fenómeno tan poco conocido está vulnerando de forma masiva los derechos humanos de las poblaciones campesinas y rurales que las padecen.

1. La globalización y los desafíos que plantea: la lucha por la tierra como problema global

La globalización es un fenómeno multidimensional con incidencia no solo en el ámbito económico y comercial, el que puede ser el más recurrente, sino también, y con vigoroso impacto, en el ámbito social y cultural, el sector científico y tecnológico, el ámbito de la comunicación, o la criminalidad, entre tantos otros. Se trata de un concepto complejo y plagado de dinamismo, cuyo estudio se mantiene en auge desde sus inicios en la década de los noventa y puede abarcar amplias y múltiples conceptualizaciones (Mariscal, 2016, p. 3 y ss.). Pese a la variedad de áreas en las que incide, la globalización económica, la mundialización

de los flujos financieros y la expansión de los mercados se han erigido como núcleo instigador de todo desarrollo posterior. En este sentido, la globalización es entendida como una expansión universal del capitalismo neoliberal, en el camino hacia un mundo dominado por el libre flujo de bienes, servicios, personas y capitales (Berzosa, 2002, p. 14).

La relevancia innegable del elemento económico hace aún más necesarios planteamientos como el que realizaba Castells ya en el año 2008, quien como respuesta al fenómeno de la globalización clamaba por la necesaria creación de una sociedad civil global que, en consonancia, viniera acompañada del desarrollo de fórmulas de gobernanza global. En este sentido, este autor define la globalización como el proceso que constituye un sistema social con la capacidad de actuar como un todo a escala planetaria en tiempo real y preciso, entendiendo dicha capacidad en sentido tecnológico, institucional y organizativo (Castells, 2008, p. 81)

Esta breve caracterización, realizada sin afán de minuciosidad debido a su amplitud, nos conduce a la constatación de la existencia de un mundo global, a la par que desigual y fragmentado; con divisiones entre norte y sur, entre ricos y pobres, entre quienes se benefician de la globalización y quienes han de padecer sus consecuencias desfavorables. Una dicotomía entre ganadores y perdedores que conduce a un modelo que provoca graves paradojas, como que los países con más recursos naturales sean también aquellos en los que se encuentran los índices de pobreza multidimensional o de desarrollo humano más bajos.

A este respecto, resulta del todo pertinente profundizar en el análisis de los acuciantes desafíos que la globalización ha traído consigo: brechas en la gobernabilidad, cuestionamiento de la garantía de las instituciones democráticas y de los entes soberanos, la subordinación de todo principio o elemento al capital, la equidad o la garantía de la igualdad, la justicia medioambiental… Desafíos que no siempre son afrontados, o al menos, no siempre lo son con suerte de obtener satisfactorias respuestas, siendo en el ámbito de los derechos humanos donde reiteradamente las respuestas ofrecidas no están garantizando su salvaguarda. Entre los múltiples retos, y centrando la temática que nos ocupa, encontramos los problemas acaecidos en el mundo rural y la llamada "lucha por la tierra" (Porto-Gonçalves, 2016; Vergara-Camus, 2011).

El dominio y explotación de la tierra puede ser considerada como una de las principales motivaciones que ha guiado a la humanidad a lo largo de su historia. Su transcendencia ha sido y es radical, aunque pueda seguir pasando desapercibida por muchos. Se nos olvida todo lo que puede llegar a tener conexión con la tierra:

control, poder, economía, alimentación y seguridad alimentaria, recursos naturales, recursos hídricos…

Pese a su importancia en términos económicos, la "lucha por la tierra" a la que hacemos referencia tendrá implicaciones distintas según el actor que la reivindique. Para inversores y actores económicos, será un elemento mercantilizado del que se podrá extraer una rentabilidad. Sin embargo, para las comunidades campesinas y rurales supondrá mucho más que una mera pugna por los medios de producción; es la lucha por una cosmovisión o sentido vital en términos de comunidad y conexión con el medio natural. Esta última aproximación al concepto ha transformado recientemente las reivindicaciones de "tierra" de las comunidades campesinas por aquellas que refieren al "territorio", en la misma línea que así lo hacen las poblaciones indígenas, en tanto su relación con el elemento material – "tierra" – trasciende más allá del mero carácter productivo (Escobar, 2014, pp. 90 y ss.).

Dejando al margen esta precisión terminológica, una de las consecuencias de la globalización y del modelo económico instaurado en el ámbito de lo rural es la creciente demanda de tierras que se ha producido en todo el mundo, y con ello, la aparición de dinámicas de mercantilización y comercialización de la tierra a nivel internacional[1]. La consecuencia de la incesante demanda de tierras ha conducido a la expansión exponencial de un fenómeno conocido como acaparamiento de tierras o de territorio, cuyo desarrollo abarcará el eje central de la presente contribución.

2. El acaparamiento de tierras: concepto, actores principales y evolución de su práctica

El fenómeno conocido como acaparamiento de tierras (ADT) se ha convertido en las últimas décadas en una temática objeto de un profuso análisis. Pese a lo novedoso de su estudio, es bien cierto que las prácticas de adquisición de tierras a gran escala no suponen una conducta de reciente aparición, sino que se remontan a periodos coloniales. Con todo, su práctica ha experimentado un

[1] Este proceso estaría estrechamente vinculado con la idea de la acumulación primitiva u originaria de Marx, teoría por medio de la que se justifica la necesidad de lo global para proveer mercancías y la existencia de leyes específicas que conducen a la privatización y mercantilización de la tierra, implementando lo que se consideraría una expropiación de los productores directos (Marx, 1867).

exponencial auge en los últimos tiempos, reavivando la necesidad de su examen y control bajo la perspectiva del respeto a los derechos humanos.

Tratar de abarcar de forma omnicomprensiva el concepto de acaparamiento de tierras es una tarea ardua y compleja. Realizaremos una breve aproximación que, adelantamos, no podrá ser todo lo omnicomprensiva que debiera, teniendo en cuenta todos los perfiles que abarca esta práctica - sus múltiples causas, actores involucrados, sus consecuencias, su impacto… -, aunque servirá para dejar patente la multiplicidad de definiciones existentes y la dificultad de alcanzar cohesión entre todas ellas.

A falta de una definición comprehensiva y aceptada por una mayoría de organismos e instituciones, solo podemos hablar de la existencia de múltiples y oficiosas. Son muchas las aproximaciones realizadas a nivel doctrinal desde diferentes cadencias ideológicas que no han llegado a alcanzar un planteamiento unívoco (Ecoruralis, 2016). A nivel terminológico hablamos de acaparar como la acción de "adquirir y retener en cantidad superior a lo normal, previniendo su escasez o encarecimiento" (RAE). Esta definición léxica del término ya parece contener una connotación, que, sin embargo, instituciones internacionales han pretendido eludir de su propia descripción del fenómeno. Es el caso del Banco Mundial, una de las principales instituciones promotoras de las políticas de adquisición de tierras a nivel global, quien se refiere al fenómeno en sus informes como adquisiciones de tierra a gran escala (Deininger y Byerlee, 2011); una definición aséptica que destaca por su más absoluta neutralidad.

La definición propuesta por el Banco Mundial parece distanciarse más que notablemente de las realizadas por otras instituciones como International Land Coalition (ILC), alianza mundial formada por la sociedad civil y organizaciones intergubernamentales que trabaja en favor de la gobernanza de la tierra y la protección de las comunidades que viven en ella. La ILC ha centrado parte de sus investigaciones en el estudio del desarrollo de este fenómeno. Tras la celebración de la Asamblea Global de la Organización en Tirana en el año 2011, la Coalición Internacional para el Acceso a la Tierra (ILC) adoptó un listado de caracteres que definirían las prácticas del acaparamiento de tierras. Se referirían así a adquisiciones o transacciones comerciales en términos generales, sobre grandes extensiones de tierra y sus recursos asociados, careciendo de consentimiento libre, previo e informado de los dueños o usuarios de la tierra, con medios corruptos, sin participación democrática, obviando una evaluación de impacto social, económico y medioambiental, y repercutiendo en violaciones de derechos humanos (Tirana

Declaration, 2011). Por su parte, la organización Ecoruralis propone como definición, en el intento de abarcar las propuestas de otras instituciones y organismos, la siguiente (Ecoruralis, 2016, p. 15):

> Control (ya sea mediante la propiedad, el arrendamiento, la concesión, los contratos, las cuotas o el poder general) de cantidades de tierra mayores que las habituales a nivel local por parte de cualquier persona o entidad (pública o privada, extranjera o nacional) por cualquier medio (legal o ilegal) con fines de especulación, extracción, control de recursos o mercantilización a expensas de la agroecología, la administración de la tierra, la soberanía alimentaria y los derechos humanos.

La definición adquiere ese carácter complejo también por la existencia de múltiples zonas grises; contradicciones que se generan en torno a su concepto y a su práctica, en las que, mientras para un sector ideológico o doctrinal se ahonda en sus bondades, para otro se hace en su perversidad. En este sentido, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, asociados con las empresas que desarrollan estas actividades en el terreno, consideran que el ADT es un mecanismo para ayudar a favorecer el crecimiento y riqueza de las regiones. Los compradores de la tierra hablan de la existencia de tierras vacías o tierras en desuso, necesitadas de modernización y mayor productividad que revertirá en mejoras en las condiciones de vida de la población local. En el otro lado de esta disyuntiva, y representados principalmente por las asociaciones en defensa de los derechos del campesinado, encontramos quienes ponen el acento en el impacto real que producen los ADT para las comunidades locales, a las que se les estaría arrebatando su medio de vida tradicional, el trabajo de la tierra para autoconsumo o el comercio local, e incluso, en muchos casos, su propio hogar, desalojándolas forzosamente de sus tierras y conduciendo a que se perpetúe y se cronifique su situación de pobreza y vulnerabilidad.

Conceptualizado el fenómeno, y a efectos de contextualizar su evolución, hemos de partir del hecho de que el fenómeno del acaparamiento de tierras a gran escala no es algo de novedosa aparición. Podemos encontrar sus antecedentes u orígenes primigenios en las dinámicas pre-coloniales y coloniales, fundamentalmente en el Sur Global (White et al., 2012, p. 623 y ss.). Estas prácticas reaparecieron en el panorama internacional – si es que podemos considerar que cesaron tras la descolonización -, alcanzando el punto más álgido de su expansión en el año 2008, con el estallido de la crisis económica mundial y la subida del precio de los alimentos. Fue en ese momento cuando desde las organizaciones campesinas, se empezó a vislumbrar la incidencia masiva y expansiva que tendrían

estas prácticas en el futuro, y se alertó a la comunidad internacional con el fin de frenar su desarrollo y mitigar sus impactos. La organización GRAIN fue una de las primeras en denunciar estos hechos en el año 2008, haciendo públicos más de cien casos de apropiaciones de tierras (GRAIN, 2008).

Las causas que motivaron el auge del fenómeno a partir del año 2008, tanto en términos de extensión territorial como de actores involucrados, son múltiples y transversales, y deben ser enmarcadas en un contexto de crisis económica global. Siguiendo a autores como White o Franco (CIP-Ecosocial, 2012), estas causas se encuentran fundamentalmente en la búsqueda de seguridad alimentaria y seguridad energética a nivel global, unido en ambos casos, a la volatilidad y aumento de los precios, así como en el cambio climático y los compromisos adquiridos de reducción de emisiones, con la consecuente creación de mercados de bonos de carbono en los países en vías de desarrollo.

Como ya hemos referido, podríamos contextualizar su práctica fundamentalmente en el Sur global, con África como uno de sus principales laboratorios. Pese a ello, también es destacable la concentración de ADT en países de América Latina, con gran incidencia en Colombia, o en países del Sudeste Asiático, como Camboya, Vietnam o Laos (Marullo, Sales y Zamora, 2020). Incluso se han documentado numerosos casos en países de Europa Central y Oriental, tales como Rumanía, Hungría o Polonia (Comité Económico y Social Europeo, 2015).

Identificados los principales territorios que padecen estas prácticas, hemos de pasar a analizar quiénes son los actores responsables de su desarrollo. En el rol de adquirentes o acaparadores de tierras podemos encontrar fundamentalmente a empresas transnacionales, públicas o privadas, y a fondos de inversión; la mayor parte procedentes de países occidentales, aunque cada vez más con un papel de liderazgo por parte de potencias económicas como la República Popular China, la Federación Rusa, o países del Golfo como Arabia Saudí o Emiratos Árabes Unidos. A este conjunto de actores debemos también añadir el papel indiscutible que juegan los gobiernos de los propios países en los que se encuentran las tierras acaparadas. Su contribución se centra en la facilitación de los negocios, sobre todo en aquellos territorios en los que abundan las tierras comunales, en manos de jefes consuetudinarios, o las tierras estatales, gestionadas por los propios gobiernos y sus dirigentes (Cotula, 2013, p. 27). Con el fin de llevar a cabo esta facilitación de las adquisiciones o negocios sobre la tierra, una de las técnicas más utilizadas radica en la instauración de un marco jurídico que favorezca su inversión. Este vendrá

integrado por políticas de privatización y de desregulación, impulsadas a su vez por organismos e instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. La implementación de estas políticas ha generado graves perjuicios en la defensa de la soberanía alimentaria y de los derechos de las comunidades rurales, tal y como vienen denunciando desde hace décadas organizaciones como La Vía Campesina (Desmarais, 2007).

Finalmente, tratando de aportar cifras a este fenómeno, partimos de la dificultad que supone acceder a información precisa y fidedigna de la realidad, en tanto su entorno está plagado de obstáculos y opacidad. Además, como hemos indicado al inicio del epígrafe, no existe unanimidad de criterio a la hora de conceptualizar los ADT, por lo que aportar cifras a la cuestión resulta aún más complejo. Pese a ello, plataformas como Land Matrix tratan de proporcionar algo de claridad a la cuestión. La Iniciativa Land Matrix es un organismo independiente que se dedica a la monitorización de acuerdos de adquisición e inversión de tierras a gran escala, entendiendo por éstas aquellas transferencias en el control de la tierra que superen las doscientas hectáreas de extensión. En la actualidad, y dentro de esta definición, Land Matrix recoge información de más de dos mil acuerdos con una extensión total de casi cien millones de hectáreas. Geográficamente, será en el continente africano donde la plataforma ubique el mayor núcleo de incidencia, tanto en número de acuerdos como en extensión. En concreto, a inicios del año 2021 se documenta la existencia de más de 800 acuerdos con una extensión que supera los 45 millones de hectáreas.

3. Impacto de las prácticas de acaparamiento de tierras en el ámbito de los derechos humanos

Realizada esta sucinta aproximación al ADT, pasaremos a analizar la razón por la que este fenómeno se ha convertido en un problema de suma relevancia que no puede permanecer ajeno a la comunidad internacional y a la sociedad civil en su conjunto: las graves vulneraciones de derechos humanos que se derivan de su práctica.

Uno de los elementos por los que se caracteriza el ADT, como indicábamos en su definición, es la firma de acuerdos comerciales carentes de un proceso de negociación libre, transparente y basado en el consentimiento informado, pasando por alto los derechos de los campesinos, titulares o usuarios de la tierra (Cotula, 2011). Partiendo de esta flagrante opacidad y falta de

transparencia y consentimiento libre en la negociación, son numerosas las graves vulneraciones de derechos humanos que podemos señalar como potencialmente asociadas a estas prácticas.

En primer lugar hemos de referirnos a la documentación de numerosos casos de castigos corporales y coacciones, propiciados tanto por grupos estatales como por los grupos de seguridad privada contratados por las empresas que se asientan en los territorios. Junto a la violencia física, se han llegado a reportar casos de asesinatos, siendo las principales víctimas los defensores de la tierra y del medio ambiente. También hablaremos de desplazamientos forzados de personas, quienes se ven expulsadas de sus tierras y de sus comunidades con la llegada de las empresas transnacionales al terreno (*vid. v.g.:* Sales; Marullo, 2020). A este respecto, entre uno de tantos ejemplos que pudiéramos mencionar, destacamos el informe que presentó la organización GRAIN el pasado año, en el que denunciaba la situación que atravesaban las familias de una población de Uganda (Kiryandongo), sometidas a violencia física y amenazas para obligarles a abandonar su territorio y que así quedara en manos de las corporaciones empresariales[2] (GRAIN, 2020).

En segundo lugar, se han relatado un sinfín de vulneraciones que se producen en el ámbito de los derechos laborales de las comunidades. Las iniciales promesas de salarios y mejores condiciones de vida por parte de las empresas u otros actores acaparadores, acaban convirtiéndose en salarios mínimos, incluso por debajo del ya reducido salario mínimo profesional de los países, cuando no inexistentes, además de largas jornadas laborales y condiciones de insalubridad en su entorno.

Dentro de esta breve aproximación, debemos hacer también mención del impacto medioambiental que generan a su paso los inversionistas. Cuando las empresas acaparan el terreno y deciden destinar las tierras a determinados usos diferentes de los tradicionales, o utilizan una forma de producción mucho más intensiva, provocan graves alteraciones de la fauna y flora autóctonas. Además, si los usos a los que se destinan son, pongamos el caso, la plantación a gran escala de productos como la palma, también afectarán a la acidificación del suelo, impidiendo su uso fértil en las décadas siguientes aun cuando las empresas ya hubieran abandonado el territorio.

[2] En este caso, las empresas transnacionales involucradas son Agilis Partners, Kiryandongo Sugar Limited y Great Season SMC Limited. Se dedican fundamentalmente al agronegocio y en particular, a la plantación de caña de azúcar.

A efectos de ejemplificar la práctica de los ADT, traemos a colación una breve explicación del Caso Feronia. Feronia es una multinacional dedicada a la agroindustria que desde el año 2009 viene desarrollando su actividad en múltiples países del continente africano, coincidiendo con la plena expansión de las prácticas de ADT en el mundo. Su presencia mayoritaria quedó concentrada en la República Democrática del Congo. Desde que llegó al territorio, su actividad ha sido objeto de denuncia por parte de numerosos organismos nacionales e internacionales por llevar a cabo prácticas feroces de acaparamiento de tierras en todo el país. Las denuncias realizadas frente a la compañía Feronia incluyen hostigamiento a la población, expulsión forzosa de sus hogares, empleo en condiciones míseras e insalubres, así como respuestas violentas a la resistencia de la población frente a todo este tipo de prácticas. La organización GRAIN recoge en un informe presentado en el año 2015 gran parte de estos hechos; además, en este caso, la empresa transnacional adquiere la peculiaridad de que recibió fondos públicos de cooperación al desarrollo para la implementación de su actividad en el país, entre ellos, los procedentes de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (GRAIN, 2015).

4. Respuestas normativas desde el derecho internacional de los derechos humanos

El análisis de esta cuestión hace patente la necesidad de respuestas normativas que permitan poner límites a la continuación de estas prácticas y trasladar el foco de interés, desde la obtención de beneficios y rentabilidad en la extracción de recursos de las tierras, a la defensa y protección de los derechos humanos de las poblaciones afectadas.

A efectos de enmarcar estas respuestas, partimos de la constatación de la existencia de una laguna inicial en el derecho internacional de los derechos humanos, como es la ausencia de un reconocimiento irrefutable del derecho a la tierra. Pese a ello, autores como De Schutter identifican la existencia de lo que denominan un "emergente derecho humano a la tierra", en tanto, entre otros razonamientos, considera que el derecho al alimento de determinados grupos poblacionales puede depender directamente de su acceso a la tierra (De Schutter, 2010). Siguiendo lo dispuesto por este autor, incluso ante la ausencia de su reconocimiento, el derecho a la tierra podría venir protegido por medio de una extensión del derecho a la propiedad, por medio de la defensa de los derechos de las poblaciones indígenas, entre cuyos atributos se encuentra el territorio, o por

medio de una extensión del derecho a la alimentación, en el sentido antes mencionado.

Pese a la exclusión del derecho a la tierra en los principales instrumentos internacionales vinculantes que conforman el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos, sí que hemos de valorar positivamente la reciente aprobación de la llamada "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales" (DDC). Esta resolución fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 diciembre del año 2018 (A/RES/73/165). El proceso de elaboración del documento se inició tras la creación en el año 2012 de un Grupo de Trabajo al que se le asignó la labor de avanzar en su debate y negociación. El documento finalmente presentado contó con la previa aprobación del Consejo de Derechos Humanos, y su resultado, si exitoso, lo fue gracias a años de trabajo y a la incansable labor de académicos y organizaciones rurales y agrarias en defensa de los derechos de los campesinos, como FIAN o La Vía Campesina.

La DDC se compone de 28 artículos que recogen el reconocimiento de derechos tanto de carácter individual como colectivo en favor de las poblaciones rurales; al tiempo, el documento trata de fortalecer la lucha por la soberanía alimentaria y la conservación de la biodiversidad (Claeys y Edelman, 2020). Destacamos especialmente lo dispuesto en su artículo 17, donde se reconoce expresamente el derecho de los campesinos a la tierra, entendido como derecho de acceso, uso, gestión, tanto individual como colectivo, con la connotación de tratarse de un lugar en el que vivir. Juntamente con los derechos recogidos, la Declaración contiene el reconocimiento de obligaciones para los Estados en materia de su protección e implementación, así como su compromiso de incorporar estos principios a su normativa interna. En este sentido destacamos el párrafo tercero del artículo 17, donde se establece la obligación de los Estados de proteger la tenencia y evitar desalojos forzosos:

> 3. Los Estados adoptarán medidas apropiadas para proceder al reconocimiento jurídico de los derechos de tenencia de la tierra, incluidos los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra que actualmente no estén amparados por la ley, reconociendo la existencia de modelos y sistemas diferentes. Los Estados protegerán la tenencia legítima y velarán por que los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales no sean desalojados de forma arbitraria o ilegal y porque sus derechos no se extingan ni se vean vulnerados de otra forma. Los Estados reconocerán y protegerán el patrimonio natural común y los sistemas de utilización y gestión colectivas de dicho patrimonio".

Junto a la DDC, las restantes respuestas normativas internacionales que encontramos en torno a las prácticas de acaparamiento de tierras son escasas e insuficientes. Antes de proceder a enumerar los principales instrumentos que han sido elaborados hasta la fecha, conviene partir de la clara diferenciación que viene detectándose en la evolución del derecho internacional entre la protección ofrecida por parte de las normas reguladoras del comercio y de las inversiones – la conocida como nueva "lex mercatoria"-, y la de aquellas que protegen los derechos humanos. A este efecto, al tiempo que se otorgan mayores garantías a las inversiones internacionales, por medio de tratados vinculantes de inversión y tribunales de arbitraje, el derecho internacional de los derechos humanos goza de una protección mucho menos garantista, en tanto gran parte de los instrumentos no tienen carácter vinculante y las vías existentes de las que disponen las víctimas para exigir justicia son mucho más limitadas y complejas. Esta clara disparidad de tratamiento legal es calificada por algunos autores como "asimetría normativa" (Hernández Zubizarreta, 2009). Así las cosas, como consecuencia de la mentada "asimetría normativa", en la materia que nos ocupa nos referiremos a instrumentos de *soft law* para una conducta corporativa responsable.

En el contexto de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), se presentaron en el año 2012 las "Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional" (FAO, 2012), considerado el primer instrumento internacional en atención a la gobernanza mundial de la tenencia. Este instrumento recoge medidas para la mejora de la gobernanza, prestando especial atención a los sectores más vulnerables por las prácticas vinculadas a la mercantilización de la tierra y de sus recursos; todo ello, con el sustento argumental de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos por medio de otros instrumentos internacionales vinculantes. Tal y como se hace constar en su prefacio, las Directrices Voluntarias asumen como propósito el siguiente (FAO, 2012, p. 4):

> Servir como referencia y proporcionar orientación para mejorar la gobernanza de la tenencia la pesca y los bosques con el objetivo primordial de lograr la seguridad alimentaria para todos y apoyar la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. Estas Directrices tienen por objeto contribuir a los esfuerzos mundiales y nacionales para la erradicación del hambre y la pobreza, sobre la base de los principios del desarrollo sostenible y con el reconocimiento de la centralidad de la tierra para el desarrollo, mediante la promoción de derechos seguros de tenencia y del acceso equitativo a la tierra, a la pesca y a los bosques.

Con todo, aunque fue considerado un instrumento importante en el camino hacia la lucha contra los acaparamientos de tierras, uno de sus grandes déficits radica en que no contaba con el compromiso obligatorio de los Estados de llevar a cabo su implementación (Monsalve, 2012).

Con anterioridad a la presentación de este documento, en el año 2010, en medio de la creciente preocupación por los acaparamientos de tierras y su expansión, la FAO junto con la IFAD, UNCTAD y el Banco Mundial, presentaron una propuesta de instrumento que pretendía hacer frente a la situación producida por los crecientes acaparamientos: los llamados "Principios sobre inversión agrícola responsable que respete los derechos, medios de vida y recursos" (FAO; IFAD; UNCTAD; BM, 2010). Esta propuesta fue finalmente rechazada por el Comité de Seguridad Alimentaria tras las numerosas críticas recibidas, entre otras razones, por no contar en su elaboración con la colaboración de organizaciones de la sociedad civil (FIAN, 2010). Fue entonces cuando se decidió iniciar un nuevo proceso que finalizó con la aprobación de las antes referidas Directrices Voluntarias en el año 2012 (TNI, 2015). Pese a que el Banco Mundial no formó parte de la elaboración de las Directrices Voluntarias, manifestó con posterioridad su pleno apoyo a las mismas, considerándolas un "importante instrumento internacional mediante el que fundamentar reformas políticas específicas" (Banco Mundial, 2013).

En colaboración con las propuestas de la FAO, destacamos también que el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial presentó dos años más tarde, en 2014, los "Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios" (CSA, 2014) incidiendo en este caso en la garantía de la seguridad alimentaria. Por su parte, desde el foro del Banco Mundial se han ido elaborando trabajos que redundan en la exposición de los múltiples beneficios que las inversiones pueden traer a las comunidades rurales, con el benévolo argumento de la necesidad de que los pequeños productores mejoren e incrementen sus infraestructuras y su productividad (entre otros, Deininger y Byerlee, 2011).

Por lo que respecta al contexto regional, destaca la labor de la Unión Africana y del Banco de Desarrollo Africano en la elaboración de unas directrices – "Principios Rectores de las Inversiones Terrestres a Gran Escala en África" (African Union, 2014) - que marcarían el camino a seguir por las grandes inversiones sobre la tierra africana, en un intento del continente de afrontar internamente la problemática existente.

Finalmente, y en tanto uno de los actores principales de los ADT se personifica en las empresas transnacionales, realizaremos una sintética mención a los principales instrumentos de carácter internacional existentes en el ámbito empresas-derechos humanos, fundamentalmente referida al Global Compact, los conocidos como Principios Ruggie, o la reciente propuesta de elaboración de un Tratado Vinculante al que a continuación nos referiremos. Este último grupo de instrumentos tendrá por objeto garantizar que la actividad de las empresas transnacionales sea respetuosa con los derechos humanos de la población y con los derechos medioambientales.

Por lo que respecta al Global Compact, se trata de una iniciativa voluntaria de responsabilidad social corporativa presentada en el año 1999, compuesta por diez principios en materia de derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción, a la que las empresas voluntariamente pueden adherirse. Dentro del sector de la alimentación y de la agricultura, se realizó una enumeración de principios complementarios que se animaba a las empresas a incluir en su adhesión: entre otros, implementar la responsabilidad medioambiental, abogar por la seguridad alimentaria o garantizar el trabajo decente y la prosperidad de las comunidades (UN-Global Compact, 2014).

Con relación al segundo de los instrumentos mencionados, los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos" (Consejo de Derechos Humanos, 2011), fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en el año 2011. Los principios, dirigidos tanto a Estados como a empresas, se basan en la existencia de un triple pilar de actuación: el deber del Estado de proteger, la responsabilidad de las empresas de respetar y el acceso a las vías de reparación por parte de las víctimas.

Por último, junto a estos instrumentos de *soft law* se planteó en el año 2014 una iniciativa de elaboración de un tratado jurídicamente vinculante para regular la actividad de las empresas transnacionales y su impacto en los derechos humanos. En la actualidad, continua en proceso de elaboración y revisión por parte de un Grupo de Trabajo intergubernamental de Composición Abierta, habiendo presentado el segundo borrador revisado en agosto del pasado año 2020 y quedando a la espera de un documento definitivo (OEIGWG, 2020).

Con todo, parece poder concluirse la existencia de un claro déficit normativo con capacidad de generar cambios, tanto en relación con la regulación

de la inversión en zonas rurales como en el binomio empresas y derechos humanos. Así, podría parecer un tanto quimérico pensar que las empresas, que buscan maximizar sus beneficios y su aprovechamiento de la tierra, decidan de forma voluntaria cumplir con principios como los mentados sin existir mecanismos de exigencia de responsabilidades en caso de incumplimiento. En cualquier caso, deberíamos poder exigir que esta tendencia emergente basada en el auge de las adquisiciones de tierra a gran escala estuviera regida por principios y normas que asegurasen la maximización de los estándares de protección de derechos humanos.

CONCLUSIONES

La lucha por la tierra es un problema global. Si hay tierra, y hay posibilidad de obtener algo de ella - recursos, alimentos, materias primas, o, en definitiva, dinero y poder - habrá gobiernos, empresas e individuos dispuestos a hacerse con ello a cualquier precio; y ese precio pasará, en la mayoría de los casos, por la vulneración de los derechos de las poblaciones locales. En este sentido, el acaparamiento de tierras se ha convertido en un fenómeno que ejemplifica la práctica de inversiones voraces hacia la acumulación masiva de tierras y de los recursos asociados a ellas, siendo causa de la grave vulneración de los derechos de las poblaciones que viven y conviven en esos territorios.

Los problemas que plantea su conceptualización, tal y como hemos indicado, no son más que un ejemplo de los intereses contrapuestos que entran en juego cuando ponemos en relación la inversión empresarial en países del Sur global con el necesario respeto a los derechos humanos. Desde instituciones internacionales como el Banco Mundial no ven más que una vía de inversión empresarial que redunda en beneficio de las comunidades rurales (aunque sea al precio de arrebatarles sus tierras), mientras que desde organizaciones en defensa de los derechos de las comunidades campesinas y rurales, califican el ADT como una usurpación o apropiación masiva de tierras extranjeras en beneficio exclusivo del capital.

Las alarmantes cifras de este fenómeno nos indican que, pese a que el auge de su crecimiento se detectó en el año 2008, más de una década después sus números continúan en crecimiento, obligándonos a ubicar su estudio dentro del listado de temáticas centrales de la agenda internacional. Deviene así necesario realizar un análisis aún más profuso desde las instancias internacionales, que

abogue por el desarrollo de medidas que regulen su práctica y pongan fin a las vulneraciones de derechos. En este sentido, sobre la necesidad de su regulación, traemos a colación un relevante enfoque de la cuestión que plantea Olivier De Schutter, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación entre los años 2008 y 2014, periodo en el que, como hemos referido, se contextualiza el estallido y exponencial auge del ADT. Para De Schutter (De Schutter, 2010a), la visión entorno al ADT debe ir más allá de disciplinar los acuerdos sobre la tierra y ofrecer a los decisores políticos una lista de, como el mismo califica, formas de destruir al campesinado mundial, "aunque de forma responsable". Nos recuerda el autor que no hace falta regular el ADT como si fuera un conjunto de prácticas inevitables, sino poner en marcha un programa alternativo para la inversión en agricultura que permita anteponer siempre el respeto y garantía de los derechos humanos de las comunidades locales al enriquecimiento empresarial y la productividad que desencadenan las inversiones voraces y las adquisiciones a gran escala.

Con todo, tal y como hemos mencionado en el desarrollo, existen respuestas normativas frente al ADT, pero que, sometidas a un análisis desde una perspectiva crítica, no pueden ser calificadas más que de insuficientes e ineficaces, en tanto ni son vinculantes para los actores involucrados ni alcanzan el objetivo principal de evitar que los derechos de los campesinos y los usuarios de la tierra sigan siendo lesionados. Y ello no es más que un ejemplo de que las brechas en la gobernanza mundial generadas por la globalización provocan un impacto directo, no en la eficacia de las normas relativas al ámbito empresarial y de las inversiones internacionales, que están plenamente salvaguardadas, sino en las normas que abogan por el respeto a los derechos humanos; éstos, en el contexto de "asimetría normativa" en el que vivimos, quedan en un segundo plano en tanto se prioriza la obtención de rentabilidad económica y beneficios empresariales sin normas vinculantes que así lo impidan.

Ante esta situación deviene necesaria la atribución de responsabilidades a los actores involucrados. Por un lado, la responsabilidad de los Estados, quienes han de asumir la principal obligación que les impone el contrato social: proteger y garantizar el respeto de los derechos humanos tanto cuando éstos son vulnerados por ellos mismos como cuando la vulneración se produce como consecuencia de la actividad de las empresas transnacionales, dentro o fuera de sus fronteras. Por otro lado, la responsabilidad de las empresas por el impacto de sus actividades, planteando la necesidad de establecer mecanismos jurídicos eficaces que logren

sortear las complejas estructuras de impunidad que establece el sistema económico mundial.

Del análisis realizado, y a modo de conclusión, resulta evidente que el acaparamiento de tierras es un fenómeno que no puede seguir permaneciendo en un segundo plano para la comunidad internacional. Su crecimiento continua año a año, y lo seguirá haciendo mientras haya recursos de los que abastecerse. Hasta entonces, esta "fiebre por la tierra" necesita de instrumentos vinculantes que pongan límites a sus prácticas, que mitiguen sus efectos y que, sobre todo, sean capaces de garantizar el respeto de los derechos humanos de las poblaciones afectadas.

REFERENCIAS

AFRICAN UNION. *Guiding Principles on Large Scale Land Based Investments in Africa.* 2014. Disponible en web: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/au168482.pdf>. Acceso en: 15 dic. 2020.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales.* A/RES/73/165. Disponible en web: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/165>. Acceso en: 15 dic. 2020.

BANCO MUNDIAL. *Grupo del Banco Mundial: El acceso a la tierra, esencial para los pobres*. 2013. Disponible en web: < https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/04/08/world-bank-group-access-to-land-is-critical-for-the-poor>. Acceso en: 14 ene. 2021

BERZOSA, Carlos. *Introducción a la globalización.* Madrid: Gaceta Sindical. Reflexión y Debate. Sindicalismo y globalización. 2002.

BORRAS, Saturnino; FRANCO, Jennifer. *Global Land Grabbing and Trajectories of Agrarian Change: A Preliminary Analysis.* Journal of Agrarian Change. 2012 (12). Disponible en web: < https://doi.org/10.1111/j.1471-0366.2011.00339.x>. Acceso en: 28 dic. 2020.

BORRAS, Saturnino M.; FRANCO, Jennifer C. *Contemporary Discourses and Contestations around Pro-Poor Land Policies and Land Governance.* Journal of Agrarian Change. 2010 (10). Disponible en web:

<https://doi.org/10.1111/j.1471-0366.2009.00243.x>. Acceso en: 10 ene. 2021.

CASTELLS, Manuel. *The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance.* EE.UU.: The Annals of the American Academy of Political and Social Science. 2008.

CIP-ECOSOCIAL-FUHEM. *Acaparamiento de tierras, el nuevo expolio.* Madrid. 2012. Disponible en web: <https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Dossier/Dossier_Acaparamiento_de_tierras.pdf>. Acceso en: 20 dic. 2020.

CLAEYS, Priscilla; EDELMAN, Marc. *The United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas.* The Journal of Peasant Studies. 2020 (47). Disponible en web: <https://doi.org/10.1080/03066150.2019.1672665>. Acceso en: 10 ene. 2021.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El acaparamiento de tierras: llamada de alerta a Europa y amenaza para la agricultura familiar»* (2015/C 242/03). Disponible en web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52014IE0926&print=true>. Acceso en: 20 dic. 2020.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"* (A/HRC/RES/17/4). 2011. Disponible en web: <https://acnudh.org/load/2012/01/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.compressed-ilovepdf-compressed-2.pdf>. Acceso en: 15 dic. 2020.

COTULA, Lorenzo. *Land deals in Africa: What is in the contracts?* London: International Institute for Environment and Development. 2011. Disponible en web: <https://pubs.iied.org/pdfs/12568IIED.pdf>. Acceso en: 10 ene. 2021.

COTULA, Lorenzo. *The great African land grab? Agricultural investments and the global food system.* London: Zed Book. 2013

CSA-Comité de Seguridad Alimentaria Mundial. *Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios.* 2014. Disponible en web: <http://www.fao.org/3/a-au866s.pdf>. Acceso en: 15 dic. 2020.

DEININGER, Klaus; BYERLEE, Derek. *Rising Global Interest in Farmland. Can it yield sustainable and equitable benefits?* The World Bank. 2011. Disponible en web: <https://doi.org/10.1017/S0014479711000548>. Acceso en: 15 dic. 2020.

DE SCHUTTER, Olivier. *The Emerging Human Right to Land*. International Community Law Review. 2010 (12). Disponible en web: <https://doi.org/10.1163/187197310X513725>. Acceso en: 10 ene. 2021.

DE SCHUTTER, Olivier (a). *La destrucción "responsable" del campesinado del mundo: la cruda realidad del acaparamiento de tierras*. En: Observatorio del derecho a la alimentación y a la nutrición. El acaparamiento de tierras y la nutrición. Desafíos para la gobernanza mundial. 2010. Disponible en web: <https://www.righttofoodandnutrition.org/files/watch_2010_spain.pdf> . Acceso en: 28 dic. 2020.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Una epistemología del Sur. La reinvención del conocimiento y la emancipación social*. México: Clacso. 2009.

DESMARAIS, Annette Aurelie. *La Via Campesina: Globalization and the Power of Peasants*. London: Pluto Press. 2007.

ECORURALIS. *What is land grabbing? A critical review of existing definitions? 2016*. Disponible en web: <http://www.fao.org/family-farming/detail/es/c/1010775/>. Acceso en: 28 dic. 2020.

ESCOBAR, Arturo. *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. Medellín: Editorial Unuala. 2014.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías. *La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente: lecciones del caso bhopal*. Revista electrónica de estudios internacionales. 2016 (32). Disponible en web: <doi: 10.17103/reei.32.01>. Acceso en: 13 ene. 2021.

FAO. *Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. 2012. Disponible en web: <http://www.fao.org/3/i2801s/i2801s.pdf>. Acceso en: 28 dic. 2020.

FAO; IFAD; UNCTAD; BANCO MUNDIAL. *Principles for Responsible Agricultural Investment that Respects Rights, Livelihoods and Resources*. 2010. Disponible en web: <http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/INTERNATIONAL-TRADE/FDIs/RAI_Principles_Synoptic.pdf>. Acceso en: 28 dic. 2020.

FIAN International; Focus on the Global South; La Via Campesina; Red Social por la Justicia y los Derechos Humanos. *Por qué nos oponemos a los Principios de Inversión Agrícola Responsable*. 2010. Disponible en web: < https://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2015/2010_09_Contra_RAI.pdf>. Acceso en: 28 dic. 2020

GRAIN. *¡Se adueñan de la tierra! El proceso de acaparamiento agrario por seguridad alimentaria y de negocios en 2008*. 2008. Disponible en web: <https://grain.org/e/142>. Acceso en: 10 ene. 2021

GRAIN. *Feronia Inc. Una diosa desnuda. De cómo empresas acaparadoras de tierras son rescatadas por fondos públicos de cooperación al desarrollo.* Disponible en web: < https://grain.org/e/5229>. Acceso en: 28 dic. 2020.

GRAIN. *Acaparamientos de tierra a punta de pistola. En Kiryandongo, Uganda, desalojan violentamente a miles de familias de sus fincas para dejar lugar a las plantaciones de empresas extranjeras.* 2020. Disponible en web: <https://grain.org/e/6527>. Acceso en: 14 ene. 2021

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA. Juan. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales.* Bilbao: Hegoa. 2009. Disponible en web: <http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/79/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf?1488539221>. Acceso en: 2 dic. 2020

ILC. *Tirana Declaration. Securing land access for the por in times of intensified natural resources competition.* 2011. Disponible en web: <https://www.landcoalition.org/en/about-ilc/governance/assemblydeclarations/2011-tirana/>. Acceso en: 28 dic. 2020.

MARISCAL, Nicolás. *Globalización – Unión Europea – Globalización.* Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. 2016 (54).

MARULLO, Maria Chiara; SALES PALLARÉS, Lorena; ZAMORA CABOT, Francisco Javier. *Monográficos sobre conflictos actuales. Camboya y Myanmar.* En: ARENAL LORA, Libia (dir.). Estudios contemporáneos sobre geopolítica, conflictos armados y cooperación internacional (pp. 397-418). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía. 2020.

MARX, Karl. *El Capital.* Madrid: Halcon. 1968.

MONSALVE SUÁREZ, Sofía. *Las nuevas Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra, la Pesca y los Bosques en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional: ¿un punto de inflexión en la gobernanza mundial de los recursos naturales?* En: FIAN. Observatorio del Derecho a la Alimentación y a la Nutrición. ¿Quién decide sobre la alimentación y nutrición a nivel mundial? Estrategias para recuperar el control (pp. 37-42). 2012. Disponible en web: <https://www.righttofoodandnutrition.org/files/R_t_F_a_N_Watch_2012_sp.pdf>. Acceso en: 10 dic. 2020.

OEIGWG. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises.* 06-08-2020. Disponible en web: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Acceso en: 12 ene. 2021.

PORTO-GONÇALVES, Carlos. *Lucha por la Tierra. Ruptura metabólica y reapropiación social de la naturaleza.* Santiago de Chile: Polis. Revista Latinoamericana. 2016.

SALES PALLARÉS, Lorena; MARULLO, Maria Chiara. *Las ZEE y los desplazamientos forzosos de Camboya como efecto de los acaparamientos de tierras* (pp.73-94). En: FILLOL MAZO, Adriana (coord.) El fenómeno de los acaparamientos de tierras: retos jurídico-políticos y respuestas a través de los estudios de caso. Egregius. 2020.

TRANSNATIONAL INSTITUTE. *Political Brief on the Principles on Responsible Investment in Agriculture and Food Systems.* 2015. Disponible en web: <https://www.tni.org/files/download/political_brief_rai_principles_1.pdf>. Acceso en: 27 dic. 2020.

UN-GLOBAL COMPACT. *Food and Agriculture Business Principles.* 2014. Disponible en web: <https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fagriculture_and_food%2FFABPs_Flyer.pdf>. Acceso en: 15 dic. 2020.

VERGARA-CAMUS, Leandro. *Globalización, tierra, resistencia y autonomía: el EZLN y el MST.* México: Revista Mexicana de Sociología. 2011.

WHITE, B.; BORRAS, S. M.; HALL, R.; SCOONES, I.; WOLFORD, W. *The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals.* The Journal of Peasant Studies. 2012 (39). Disponible en web: <https://doi.org/10.1080/03066150.2012.691879>. Acceso en: 10 dic. 2020.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier. *Acaparamiento de tierras (land grabbing) y empresas multinacionales: el caso Mubende-Neumann.* Papeles el tiempo de los derechos. 2013 (5). Disponible en web: <http://hdl.handle.net/10016/19292>. Acceso en: 25 nov. 2020.

LA ADEHSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: análisis de um mandato *in albis*

Iris García
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España
irisdega@ucm.es

Resúmen: Actualmente, en Europa contamos con dos mecanismos análogos referentes a nivel global de protección de los derechos humanos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Pero, pese a que todos los Estados miembros de la UE son signatarios del CEDH, la Unión como sistema jurídico aún no se ha adherido al mismo. Incluso, después de que el Tratado de Lisboa, de acuerdo con los valores que protege, proclamara en su artículo 6 el mandato de adhesión de la UE al CEDH, para así armonizar la protección europea en la respectiva materia, haciéndola más sólida, coherente y efectiva. Basándonos en el análisis de las actuaciones de las instituciones de la Unión Europea al respecto, esclareceremos esta aparente contradicción señalando como principal desertor en el esfuerzo por la adhesión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A partir del estudio de los argumentos de incompatibilidad judicial de la adhesión señalados por el Dictamen 2/13, discerniremos una sigilosa pugna de poder protagonizada por el TJUE, con el fin de no renunciar a su estatus como único intérprete supremo del Derecho comunitario, dada la introducción de un nuevo órgano competente en la interpretación última en materia de derechos humanos si la adhesión culminara; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una situación de bloqueo que se ha prolongado en un total de seis años hasta el día de hoy. Sin embargo, la investigación señala la aproximación de un escenario con condiciones propicias para la reanudación del procedimiento de adhesión debido a la crisis sanitaria del COVID-19, dado su impacto ya incipiente en la garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea que exige una respuesta unánime que tienda hacia una base jurídica más coherente y eficaz en materia de derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos, Europa, armonización legislativa.

Abstract: Currently, in Europe there are two mechanisms that protect human rights: the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFRUE), both references at a global level. Despite that all EU Member States are signatories to the ECHR, the Union as a legal system has not yet acceded to it. Even after the Lisbon Treaty, in

accordance with the values it protects, proclaimed in its article 6 the mandate of EU accession to the ECHR, in order to harmonize European protection in human rights, making it more solid, coherent and effective. Based on the analysis of the actions of the European Union institutions in this regard, we will clarify this apparent contradiction by pointing to the main defector in the effort to join the Court of Justice of the European Union (CJEU). From the study of the arguments of judicial incompatibility of the accession indicated by Opinion 2/13, we will discern a secret power struggle carried out by the CJEU, in order not to renounce its status as the sole supreme interpreter of Community law, given the introduction of a new competent body for the ultimate interpretation of human rights if accession were to end; the European Court of Human Rights. A situation of uncertainty that has lasted for a total of six years to date. However, the research indicates the approach of a scenario with favorable conditions for the resumption of the procedure due to the health crisis of COVID-19, given its already incipient impact on the guarantee of the fundamental rights of European citizenship that requires a response unanimous that it tends towards a more coherent and effective legal basis in the matter of human rights.

Key-Words: Human rights, Europe, legislative hamonization.

INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue adoptado en 1950 por el Consejo de Europa, logrando la protección, con carácter vinculante, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa. Alzándose, como uno de los principales avances en el progreso europeo, creando, a su vez, dos Instituciones encargadas de velar por su respeto: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Actualmente, todos los miembros de la UE son también signatarios de dicho Convenio, por lo que resulta incoherente que la Unión como sistema jurídico no se adhiera también al mismo. Especialmente, dado que, por su parte, la UE cuenta con un sistema jurídico de protección de derechos humanos análogo; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en vigor desde la adopción del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, y la cual firmaron todos los Estados Miembros (menos Reino Unido y Polonia), convirtiéndose en fuente de Derecho comunitario primaria y de eficacia directa sobre sus ordenamientos jurídicos nacionales. La CDFUE materializa la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea de acuerdo con los valores y principios de la UE, mencionados en los artículos 2 y 5 del

Tratado de Lisboa, que versan sobre la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Unos principios y unos valores muy similares a los que defiende el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ello, se ha insistido en la importancia de la adhesión de la UE al CEDH, con el objeto fundamental de unificar ambos ordenamientos análogos y propiciar un avance cuyas repercusiones contribuirían a la defensa más sólida de los derechos humanos en el marco europeo. Ya que, la adhesión completaría la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE, aumentaría la eficacia de la legislación de la UE y la coherencia de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Además, constituiría un paso más en el proceso de integración europea.

El propio Tratado de Lisboa, en coherencia con los valores que protege, indica en su artículo 6 que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales con el fin de armonizar la protección europea en la respectiva materia, para así hacerla más efectiva. Sin embargo, el proceso de negociaciones iniciado desde la entrada en vigor del Tratado ha quedado obstaculizado desde el pasado 18 de diciembre de 2014, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió el Dictamen 2/13 alegando que el proyecto de adhesión podía afectar negativamente a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión. Con ello, el proceso de adhesión ha quedado paralizado, sin que se haya podido encontrar cauces que permitan retomar las negociaciones.

Según lo expuesto hasta ahora, y dada la alta coincidencia entre ambos sistemas jurídicos de protección de derechos humanos a nivel regional europeo, nos preguntamos ¿por qué siguen paralizadas las negociaciones sobre la adhesión de la UE al CEDH? Esta será la pregunta de investigación a la que pretendemos dar respuesta. Para ello, los objetivos que perseguiremos serán:

a. Esclarecer esta aparente contradicción, indagando en las razones que pudieran esconderse detrás de las cuestiones más técnicas alegadas por el Dictamen 2/13. Es decir, intentar vislumbrar las razones que bloquean el efectivo proceso de adhesión y que subyacen al discurso oficial retórico de la UE.
b. Enmarcar el Dictamen 2/13 en el contexto de integración actual europea, analizando la influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la construcción de la identidad de la UE en cuanto actor regional basado en la defensa de los derechos humanos.

Inicialmente, la aproximación al objeto de estudio puede sugerir que debe existir alguna amenaza percibida por parte de la Unión Europea en la adhesión al CEDH que explique las reticencias generales en el avance con el cumplimiento del mandato de adhesión del Tratado de Lisboa. En especial, los cambios que pudiera traer para los Estados Miembros y las Instituciones de la UE la fusión entre ambos ordenamientos jurídicos, incorporando incluso nuevos organismos como el TEDH. Ello puede afectar a la forma en la que, hasta ahora, han estado operando dichas partes, introduciendo un cambio en la manera de aplicar e interpretar el Derecho comunitario en materia de derechos humanos. Por ello, nuestro análisis partirá de la siguiente hipótesis:

> La adhesión al CEDH es percibida por las Instituciones de la UE como una amenaza a la idiosincrasia jurídica, más que como una oportunidad de progreso en la construcción de su identidad como actor regional coherente en la defensa de los derechos humanos.

Entendemos, en el presente trabajo, "idiosincrasia jurídica" como la naturaleza que caracteriza la forma particular de aplicar e interpretar las fuentes del Derecho de la Unión Europea, basándose en un ordenamiento jurídico autónomo y en unas Instituciones de control propias. Nuestro análisis se centra en los efectos y en la perspectiva en cuanto amenaza, pudiendo incluso llegar a eclipsar los potenciales beneficios de la adhesión, que puede implicar la introducción de una nueva fuente de Derecho externa, así como de las Instituciones constituidas en virtud del citado Convenio.

Para arrojar luz sobre las cuestiones planteadas, nos aproximaremos hacia nuestro objeto de estudio, la adhesión de la UE al CEDH, entrelazando enfoques derivados tanto de la Ciencia Política como de las Relaciones Internacionales a través del empleo de la crítica reflectivista como hilo conductor de las conclusiones emanadas. Es esta perspectiva como enfoque lo que nos permitirá iniciar una reflexión más allá de las cuestiones objetivas que nos aportaría limitarnos en nuestro estudio a una revisión de los hechos. Desde esta perspectiva, consideramos que los paradigmas estatocéntrico, globalista y estructuralista son incapaces de resolver desde la estricta racionalidad positiva las nuevas cuestiones que surgen en la modernidad. El sistema internacional vigente es altamente complejo y el conocimiento positivo hegemónico muestra limitaciones para colmar las explicaciones de éste. Sobre todo, partiendo de un contexto calificado como «policrisis», en el que se hace presente la ruptura de los esquemas tradicionales de análisis en varios ámbitos de estudio. Es esa excepcionalidad del

momento histórico actual lo que está influyendo notoriamente en los procesos políticos que se desarrollan en la esfera internacional, por lo que sobrepasar del análisis descriptivo a uno más profundo de la mano de la teoría reflectivista resulta clave para poder aproximarnos a las tendencias que están guiando el devenir contemporáneo.

Precisamente, la teoría conductista, representada por autores como John Burton, se enmarca en la crítica reflectivista, manifestada por autores como Hayward Alker o Richard Ashley, y pone el acento sobre una cuestión de interés para comprender la posición que ha adoptado el TJUE con el Dictamen 2/13: las percepciones subjetivas de cada actor internacional. Esta teoría sostiene que es la perspectiva de cada actor sobre el entorno lo que definirá sus líneas de actuación, siendo ésta una completa construcción social en base a significados compartidos. Así, nos aproximaremos a la impresión de las amenazas y oportunidades, de acuerdo con el estudio de los pronunciamientos efectuados por las Instituciones de la UE, que pudieran resultar de la adhesión al CEDH para comprender los motivos reales del actual estancamiento del proceso y su consecuente contradicción con los valores fundamentales de la Unión. Para ello observaremos el comportamiento aislado de cada Institución respecto a la adhesión, atendiendo a manifestaciones, decisiones, resoluciones y posturas sostenidas al respecto a lo largo del tiempo, con el objeto de poder extraer conclusiones sobre el grado de compromiso y la voluntad de las Instituciones con el Proyecto de adhesión al CEDH.

Al mismo tiempo, la visión presentada también estará mediada por la concepción particular desde la que enmarcamos la adhesión de la UE al CEDH en el proyecto de integración europea. A este respecto, conviene subrayar la existencia de varias teorías dentro de la Ciencia Política que han abordado el estudio de la integración europea respondiendo a las preguntas de qué es y cómo ocurre. Así, los diferentes paradigmas predominantes han moldeado dichas teorías, haciendo que hoy en día podamos diferenciar entre las principales el funcionalismo, neofuncionalismo, intergubernamentalismo e interdependencia, neoinstitucionalismo o consocionalismo. En el presente trabajo, partiremos de una comprensión de la adhesión como un elemento de avance en la integración política, fruto de la dinámica endógena de la propia Unión que los autores representantes del neofuncionalismo denominan spill-over. Según dicho concepto, la adhesión al CEDH se inscribiría como una necesidad para la ejecución satisfactoria de políticas de un sector ya integrado, suponiendo una

tendencia de expansión a otras áreas u elementos complementarios. Por ello, aplicamos la noción de lo que autores como Francisco Aldecoa Luzarraga denominan la geosociedad hacia donde avanza la Unión Europea, la cual supone presentar una 'mayor atención a las dimensiones sociales de la agenda internacional, así como a las posibilidades de reformular la política social en el contexto de erosión del papel del Estado' (Luzarraga, 2001, p. 191). El spill-over cada vez aúna más áreas bajo la influencia de la UE, construyendo un proyecto de integración multidimensional en donde lo social está cobrando fuerza para reforzar la eficacia del proyecto. De ahí la relevancia de atender la adhesión de la UE al CEDH como una pieza clave de dicha tendencia.

De este modo, nuestro análisis consta de tres apartados claramente diferenciados. Primero, atenderemos a las manifestaciones que la adhesión de la UE al CEDH ha presentado en el Derecho originario de la Unión Europea, refiriéndonos a los correspondientes tratados, y en el Derecho derivado, atendiendo únicamente a las manifestaciones del TJUE al respecto, especialmente al Dictamen 2/13. Seguidamente, observaremos cada una de las manifestaciones de las Instituciones de la UE sobre la adhesión, para concluir su nivel de compromiso con la causa. Lo cual nos podrá indiciar qué organismos pueden estar colaborando en la paralización del proyecto de adhesión según sus intereses individuales. Y finalmente, concluiremos la visión global por la cual rechazaremos o afirmaremos la hipótesis de partida según lo observado en el análisis predecesor.

La metodología elegida se basa en el análisis de las fuentes del Derecho relevantes, los documentos públicos adoptados por las Instituciones y el estudio critico de las aportaciones de la doctrina especializada para poder, desde un método analítico y deductivo, extraer las conclusiones pertinentes al efecto.

1. RECONOCIMIENTO DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE LA UE

1.1 El Tratado de Lisboa: el compromiso convencional de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos

El reconocimiento de la necesidad de la adhesión de la UE al CEDH en el Derecho primario de la Unión se remonta mucho más atrás de la entrada en

vigor del Tratado de Lisboa en 2009. Pues, desde que el Tratado de Maastricht hizo 'del respeto de los derechos fundamentales uno de los principios generales del Derecho comunitario, al tiempo que recogió el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuentes de los mismos (art. F2, actual 6.2 TUE)' (Quintero, 2015, p. 4) han alzado la voz las posiciones partidarias de la adhesión de la unión para una armonización legislativa, pues solo el reconocimiento que introdujo dicho tratado parecía insuficiente. Defienden que, por un lado, la adhesión significaría la implementación del propio sistema de derechos humanos de la Unión al conseguir un estándar común entre los Estados miembros de la UE y los del Consejo de Europa pero no de la Unión, lo cual favorecería futuros ingresos en la UE homogeneizando los estándares (Rozas, 2014, p. 43), y favoreciendo el cumplimiento de una de los tres requisitos de adhesión; el requisito político, por el cual se exige que los futuros Estados miembros garanticen el respeto a los derechos humanos.

Por otro lado, que la adhesión traería una mayor seguridad en el control de la correcta implementación de los derechos, dada la existencia de un mecanismo de control adicional, el TEDH. Y en ese sentido, derivaría de lo anterior la posibilidad de interponer demandas ante éste en materia de derechos humanos. Y, además, que 'la adhesión es el mejor medio para garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH en materia de derechos humanos' (Tulkens, 2013, p. 6), ya que eliminaría el riesgo ahora existente de contradicciones en la jurisprudencia entre los dos tribunales, pues dejarían de tratarse de vías judiciales paralelas para converger.

Este inconformismo y afán de armonización legislativa ha alimentado el debate durante décadas, impulsando adelantos en cuanto a la defensa de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico comunitario. Así se reflejó en el Tratado de Ámsterdam, el cual 'impuso a los países candidatos el respecto a los derechos humanos y el Estado de Derecho, e instauró el procedimiento de suspensión de derechos de voto y derechos derivados del Tratado ante una violación grave y persistente de los mismos —recogido en los actuales punto 2 al 5 del art. 7 del TUE—' (Quintero, 2015, p. 4); y el Tratado de Niza, el cual 'añadiría el procedimiento preventivo por el cual se pueden dirigir recomendaciones al Estado que presente un caso de riesgo claro de violación grave — recogido en el actual art. 7.1 TUE—' (Quintero, 2015, p. 4).

Posteriormente, el Consejo Europeo de Colonia de 1999 redactó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que entró en vigor

con el Tratado de Lisboa, en 2009, constituyendo una fuente de derecho originario que reconocía los derechos y libertades de la ciudadanía europea. El Tratado de Lisboa, además de la mencionada carta, introduce más innovaciones en el área dogmática, concretamente en el artículo 6. Por el que se establece, por un lado, que 'la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales' (Tratado de Lisboa, 2009), y por otro lado, que 'los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales' (Tratado de Lisboa, 2009). Dichos preceptos y la CDFUE constituyen hoy la materialización máxima del progreso en el ámbito de derechos humanos dentro del marco de la Unión. Aunque, la declaración de intenciones respecto a la adhesión expresa en el artículo 6 del Tratado de Lisboa continúa frustrada, tras quedar paralizado el proceso de negociaciones con el Dictamen 2/13 del TJUE.

1.2 El Dictamen 2/13: el cambio de rumbo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En los años 90 ya se planteaba comenzar las negociaciones para la adhesión al CEDH, por lo que el Consejo solicitó una opinión consultiva al TJUE sobre la compatibilidad del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea con la adhesión al CEDH. Y lo hizo contemplando la posibilidad de justificarla entendiendo que la protección de los derechos humanos constituía una competencia implícita a toda política comunitaria. Pero, el TJUE se pronunció en el Dictamen 2/1994 rechazando tal posibilidad, señalando tres argumentos que manifestaban la incompatibilidad de la adhesión con el Derecho comunitario: la inadmisibilidad de la solicitud de dictamen; la incompatibilidad de la base jurídica sobre la que se asienta la competencia de la UE (entonces Comunidad Europea) para negociar y concluir el acuerdo de adhesión al CEDH; y la cuestión de la incompatibilidad de la adhesión con los artículos 164 y 219 del Tratado, es decir, con el monopolio jurisdiccional del TJUE con relación al Derecho comunitario (Gómez, s.f., p. 134). Con ello, dicha institución imposibilitó la adhesión en aquel marco jurídico concreto, suponiendo el primer gran bloqueo hacia el proceso de adhesión. Un bloqueo que perduró hasta que tal causa fuera retomada por el Tratado de Lisboa.

Sin embargo, tras la iniciación de las negociaciones para el Proyecto de adhesión motivadas por dicho tratado, el TJUE volvió a emitir otro dictamen que sirvió de bloqueo, al igual que el Dictamen 2/1994. El 18 de diciembre de 2014 el TJUE emite el Dictamen 2/13. En él subraya que 'el Proyecto de acuerdo de adhesión no había tenido en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión; por consiguiente, y habida cuenta de los problemas identificados, concluyó que dicho Proyecto no era compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión' (Rozas, 2014, p. 8). Es decir, 'el TJUE quiso recordar que, aunque el Tratado de Lisboa hubiera resuelto el problema de la inexistencia previa de base jurídica para la adhesión, con la previsión del apartado 2 del Artículo 6 del Tratado sobre la UE (TUE), cualquier proyecto de acuerdo tiene necesariamente que tener en cuenta las características específicas de la UE, puesto que ésta no es un Estado' (Elia, 2015, p. 279).

De este modo, puede afirmarse que el Proyecto de adhesión dejaba, a juicio del TJUE, varios flecos sueltos que complicaban 10 una adhesión armoniosa. En especial, el Dictamen 2/13 se respalda en varios argumentos para sostener dicha incompatibilidad que pasaremos a explicar apoyándonos en la presentación dada por José Carlos Fernández Rozas en 'La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia':

En primer lugar, el dictamen rechaza la posibilidad de que la UE se adhiera al CEDH porque supondría que todas sus Instituciones se sometieran a un control externo. Especialmente, a las decisiones y sentencias del TEDH. Lo cual significa una merma de soberanía de las Instituciones europeas, haciendo que el TJUE se vinculara a la jurisdicción de otro tribunal en materia de derechos humanos. Un cambio sustancial que amenaza su independencia, y, por tanto, puede ser percibido como una amenaza.

En segundo lugar, de lo anterior se deriva que la coordinación entre el CEDH y la CDFUE es esencial para lograr la armonización y efectividad de la adhesión. Sin embargo, el Dictamen 2/13 señala que no existen instrumentos previstos en el Proyecto de adhesión que garanticen que se pueda dar dicha coordinación de manera efectiva, pues se necesitaría garantizar que 'la facultad otorgada a los Estados miembros por el CEDH siguiera estando limitada a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla dicha carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (Rozas, 2014, p. 48). Por lo tanto, se carece de mecanismos previstos que aseguren la

coordinación, y por ende, existe una amenaza al blindaje de los derechos recogidos en la CDFUE.

En tercer lugar, el Proyecto de adhesión no tiene en cuenta la naturaleza sui generis de la Unión Europea, ya que se refiere a ella como una parte contratante al uso, sin hacer mención del sistema competencial del que goza gracias a la cesión de soberanía de sus Estados miembros en ciertas materias. Esto es importante para el TJUE porque, en dicho proceso de transferencia de soberanía, los Estados miembros autorizan someterse al Derecho comunitario. Adherirse al CEDH tal y como está previsto en dicho proyecto, presume que los Estados también tendrían que suscribir el sometimiento a la jurisdicción del TEDH. Y de nuevo aquí, el TJUE observa una posible fricción que pueda mermar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión en caso de adhesión. Otro argumento que esconde la inseguridad que siente el TJUE respecto a la entrada del TEDH como un tribunal complementario en la UE en materia de derechos humanos.

En cuarto lugar, dado que la adhesión supondría la complementación de ambas fuentes de derecho y la incorporación del TEDH, el Proyecto de adhesión reserva la posibilidad de que los Estados miembros puedan apelar a dicho tribunal a través de solicitudes de opiniones consultivas en cuanto a la aplicación e interpretación del CEDH (Protocolo nº16 del CEDH). Un mecanismo análogo a la remisión prejudicial regulada en el artículo 267 del TFUE. Por lo que, dada la similitud entre los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE y el CEDH, cabe la posibilidad de que se rehúse hacer uso de la remisión prejudicial para poner en marcha el Protocolo nº6 del CEDH, o viceversa. Es decir, la adhesión supondría el solapamiento de dos mecanismos supuestos para el mismo fin: la consulta al tribunal competente sobre la aplicación e interpretación de la norma. Dicha duplicación, se traduce en un riesgo para la solidez del ordenamiento jurídico comunitario. Por lo que he ahí otra laguna jurisdiccional que no queda colmada con lo previsto en el Proyecto de adhesión.

En quinto lugar, y relacionado con la elevación de cuestiones al TJUE, el Proyecto de adhesión deja abierta la posibilidad de que no solo se eleven al TEDH litigios sobre la aplicación del CEDH en la UE, sino que presume que puedan elevarse cuestiones competentes entre Estados, y Estados y la UE. Es decir, también podrían presentarse demandas sobre violaciones de derechos en Estados miembros. Esto es incompatible con el TFUE, según el cual 'el acuerdo únicamente podría ser compatible si la competencia del TEDH estuviese expresamente excluida respecto de los litigios entre Estados miembros o entre

éstos y la Unión relacionados con la aplicación del CEDH en el marco del Derecho de la Unión' (Rozas, 2014, p. 48). De nuevo, otro detalle intrínseco que mermaría la supremacía del TJUE.

En sexto lugar, el Dictamen 2/13 señala que, a través del mecanismo de codemandado puede darse otra fisura en la solidez del Derecho comunitario, ya que permitiría que el TEDH tomase decisiones vinculantes para los Estados miembros y la UE, pudiendo incidir así en el sistema competencial vigente.

Y, por último, se detecta incompatibilidad que afecta a la tutela judicial respecto de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), ya que el TEDH tendría que manifestarse acerca de la compatibilidad de la PESC con los derechos recogidos en el CEDH. Esto produce fricciones porque existen ciertas acciones dentro del marco de la PESC que por su naturaleza jurídica evaden el control del TJUE. Por lo que, que dichos actos puedan ser sometidos al control del TEDH significa una mayor supervisión de dicha política, una mayor responsabilidad para el TEDH dentro del marco de la Unión Europea, y en última instancia, una alteración sustancial en los mecanismos de control supuestos en el Derecho primario comunitario. Esto se convierte en una traba muy relevante para paralizar el proceso de adhesión, por tratarse de una materia de especial sensibilidad dada la relevancia de la seguridad y la política exterior para una organización supranacional como la Unión Europea. Por ello, el argumento de la fricción que produciría la adhesión al CEDH con respecto a la PESC es de los más debatidos en este contexto.

Por todo ello, el Dictamen 2/13 del TJUE supuso un batacazo que paró los avances de esfuerzo de la Unión en cumplir con el mandato de adhesión del Tratado de Lisboa. Y lo hizo tras un dictamen que para muchos parece contradictorio, pues la doctrina europea contaba con mecanismos que hubieran permitido seguir adelante con el proyecto salvaguardando la independencia del ordenamiento jurídico comunitario. Hay autores que han dedicado publicaciones a desglosar las paradojas en las que se apoya el veto del Dictamen 2/13. Entre ellos, Ricardo Alonso García, con su 'Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014'; o José Martín y Pérez de Nanclares, quienes dedican su artículo 'El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?' (García, 2015) a poner de manifiesto las contradicciones en las que incurre el dictamen. Entre ellas, destacamos la existente falta de consideración, por parte del TJUE, de los argumentos brindados por la abogada general y los intervinientes en el

procedimiento, como la Comisión y algunos Estados miembros, para salvar las dudas de compatibilidad (Nanclares y Martín, 2015, p. 846). Los cuales, de haberse tenido en cuenta, habrían permitido reflexionar en profundidad sobre las sendas existentes en el Derecho comunitario para guiar una adhesión armoniosa. También, la escasez de argumentos en dicho dictamen que deje clara la incompatibilidad con la correcta aplicación de la PESC, ya que durante el proceso de negociación del Proyecto de adhesión se reiteró que existía base argumental suficiente para solventar las fricciones señaladas respecto a dicha política, puesto que son los propios Estados miembros los que deben ejecutarla. He ahí una vía de paso por la que conjugar la adhesión con la correcta implementación de la PESC, pero el Dictamen 2/13 se ciñó a subrayar las dificultades sin profundizar en sus soluciones.

De esta manera, podemos sostener que el Dictamen 2/13 es una manifestación del TJUE respecto al Proyecto de adhesión al CEDH desde una visión destructiva, y no constructiva. Puesto que su batería de argumentos de incompatibilidad judicial señalada no contempla las vías existentes de resolución, sino que insiste en los puntos débiles de la adhesión, suponiendo una paralización en seco del proceso que ya se ha demorado seis años. De esto se deduce una actitud defensiva ante una posible percepción de amenaza en la adhesión por parte del TJUE, que ya se ha ido evidenciando superficialmente en la exposición argumental del Dictamen. Pues, a la luz de éste, destaca que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la UE se basa en el derecho de la Unión, pero dejando de lado la posibilidad de solventar las deficiencias resaltadas. En su lugar, optó por emitir un Dictamen sostenido en unos argumentos que vetaban la posibilidad de avanzar con agilidad hacia la adhesión. Convirtiéndose así en el único responsable de la paralización del proceso hasta nuestros días.

En ese sentido, la acción del TJUE tuvo en cuenta la repercusión que tendría su dictamen, sobre todo para sí mismo, por lo que sopesó concluir un texto que no arriesgara su estatus. 'Aprovechó la oportunidad para subrayar su derecho exclusivo de aplicar e interpretar la legislación de la UE, un posicionamiento en línea con sus decisiones anteriores que representan la protección de la autonomía y la separación del orden legal de la UE' (Daukšienė y Grigonis, 2015, p. 102). Es decir, vetó la adhesión de la UE al CEDH en los términos en los que estaba siendo previsto por el Proyecto de adhesión, difuminando así la posibilidad de que el TJUE viera mermada su posición como máximo intérprete del Derecho comunitario. Ya que, la adhesión permitiría que el TEDH pasara a ser también

tribunal competente para la supervisión de la aplicación de la norma comunitaria en materia de derechos humanos. Es más, la UE y el TJUE 'quedarían sujetos a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo' (Timmermans, 2014, p. 18). Y con ello el TJUE en determinadas materias se vería subordinado al TEDH, dejando atrás la exclusividad de la que ha gozado hasta entonces, pues, aunque los miembros de la UE también lo sean del Consejo de Europa, y, por tanto, actualmente estén sujetos también a la jurisdicción del TEDH, ambos tribunales corresponden a organizaciones internacionales diferentes, por lo que sus cauces legales no se solapan. De esta manera, ambos tribunales son los máximos interpretes en virtud del Derecho al que hacen referencia. Pero, la adhesión de la UE al CEDH supondría el cruce de ambos cauces judiciales, pasando a existir vinculación entre tribunales y, por ende, una superposición de competencias de interpretación normativa. Pues, con la adhesión 'se persigue, sobre todo, que exista un cauce procesal, externo e independiente de la UE, que constituya la garantía última de que el DUE efectivamente respeta los derechos humanos' (Franch, 2014, p. 42). De hecho, tal y como está prevista la adhesión 'el Tribunal de Estrasburgo podría dirigirse a juzgar directa o indirectamente la compatibilidad de un acto de la Unión con el CEDH sin que el TJUE haya podido examinar la cuestión' (Timmermans, 2014, p. 14).

Si atendemos a los argumentos que llevan al fallo del Dictamen 2/13 del TJUE, muchos están relacionados con esta posible merma de poder: la sujeción de la UE a un control judicial externo; la posibilidad de que los Estados miembros puedan dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas; el mecanismo del codemandado que permitiría que el TEDH adoptase una decisión definitiva que obligue tanto a los Estados miembros como a la Unión; la injerencia del TEDH en el control judicial sobre la PESC… En definitiva, unos argumentos que esconden la negación del TJUE a someterse a la jurisdicción del TEDH en la materia competente, al menos en los términos propuestos por el Proyecto de adhesión al que se refiere el Dictamen 2/13. Una opinión que sigue la tendencia forjada por el TJUE en la protección de la autonomía del Derecho de la Unión. Esta tesis es sostenida también por autores como Inga Daukšienė y Simas Grigonis en su artículo Accession of the EU to the ECHR: Issues of the co-respondent mechanism.

Por lo expuesto, cabe resaltar que dicha actitud hace que apuntemos al TJUE como en el principal desertor en el esfuerzo por la adhesión de la UE al CEDH.

2. EL POSICIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN ANTE LA ADHESION AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: FACTORES Y DINÁMICAS SUBYACENTES

2.1 El Parlamento Europeo: defensor de la adhesión al CEDH por la protección de los derechos de la ciudadanía europea

El Parlamento Europeo manifestó 'en su resolución del 14 de enero de 2009 sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea (2004-2008), que acogía con satisfacción la posibilidad de que la Unión se adhiera al CEDH, incluso si esa adhesión no producía cambios fundamentales' (Mańko, 2017, p. 5). Pues, para esta institución, 'el principal beneficio de la adhesión de la UE al CEDH radica en la posibilidad de un recurso individual contra las acciones de la Unión' (Parlamento Europeo, 2019).

Es decir, para el Parlamento Europeo lo preciado de la adhesión al CEDH es el refuerzo de la garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea, más que la posible incorporación de nuevos derechos. Así, la entrada del TEDH como un nuevo actor encargado de la supervisión del cumplimiento del Convenio es visto como un objetivo deseable para un mayor blindaje de los derechos fundamentales en la Unión. Precisamente, otra Resolución del 15 de diciembre de 2010 sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea (2009) dejó clara que el Parlamento consideraba 'que la adhesión de la UE al CEDH proporcionaría un mínimo nivel de protección de los derechos humanos y un mecanismo adicional para su aplicación, agregando la jurisprudencia del TEDH; y que aportaría información adicional para la acción actual y futura de la UE sobre el respeto y la promoción de las libertades fundamentales en las áreas de libertades civiles, justicia y asuntos de interior (Mańko, 2017, p. 5). Con lo cual, el Parlamento suscribe su posición a favor, alineándose con los intereses de la ciudadanía europea a la cual representa.

También ha seguido manifestándose a favor tras la emisión del Dictamen 2/13. En concreto, nos referiremos a cuatro ocasiones. En primer lugar, en la Resolución sobre el programa de trabajo de la Comisión para el 2016 el Parlamento anima a la Comisión a 'tener en cuenta el Dictamen 2/13 para avanzar hacia la adhesión y abordar los desafíos legales, así como unificar esfuerzos para garantizar que la adhesión al CEDH responda a los argumentos legales recientemente planteados por el TJUE' (Mańko, 2017, p. 6). De este modo, el Parlamento intentó

encauzar la búsqueda de soluciones para los argumentos de incompatibilidad del Proyecto de adhesión con el Derecho comunitario señalados por el TJUE, siendo de las pocas Instituciones que tomaron la iniciativa para afrontar la problemática. En segundo lugar, en la Audiencia en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo de 2016 el propio Parlamento Europeo organizó una audiencia pública sobre la adhesión al CEDH, para debatir el camino a seguir tras el Dictamen 2/13 16 y poder relanzar así el proceso de adhesión (Mańko, 2017, p. 6). De nuevo, en esta ocasión el Parlamento tomó la iniciativa para afrontar los desafíos de la adhesión, tratando de consensuar en una audiencia púbica las sendas existentes, y dando de este modo un espacio físico de debate. En tercer lugar, el 13 de diciembre de 2016, el Parlamento Europeo adoptó otra Resolución sobre Derechos Fundamentales en la UE, en donde 'subrayó que la adhesión es una obligación, de acuerdo con el articulo 6(2) del Tratado de Lisboa, que fortalecería la protección de los derechos fundamentales en la UE; y que guarda esperanza en que se trabaje para eliminar los obstáculos legales de dicho proceso lo antes posible' (Mańko, 2017, p. 6). En esta intervención, el Parlamento Europeo diluye su actitud promotora del debate para adoptar un posicionamiento más tajante, recalcando la responsabilidad de la Unión con el cumplimiento del mandato del Tratado de Lisboa. Un cambio de estrategia que probablemente responda a los escasos avances obtenidos con las manifestaciones anteriores, lo cual refleja cierta abulia con la obstaculización del proceso. Y, en cuarto lugar, 'la resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el marco institucional de la UE, reiteró nuevamente la importancia de que la UE se adhiera al CEDH (Parlamento Europeo, 2019). Aquí, su manifestación se teñía de apatía y desánimo provocadas por la insuficiencia de los esfuerzos, todos en vano, por el avance en las negociaciones del Proyecto de Adhesión de la UE al CEDH. Y en donde, ya se apreciaba la percepción de dicho objetivo como una meta cada vez más distante.

Por lo tanto, el Parlamento Europeo ha demostrado ser un actor comprometido con la causa desde el principio. Una pieza central que ha fomentado el desarrollo del proceso incluso tras haberse emitido el Dictamen 2/13. Pues, tras él se han repetido sus menciones al respecto que instan a apurar la búsqueda de soluciones a las incompatibilidades, aunque el paso del tiempo ha erosionado su entusiasmo. En general, una actitud en sintonía con su espíritu representativo de los intereses del pueblo europeo.

2.2 La Comisión Europea y el proceso de adhesión al CEDH: disentimiento entre legislaturas

Respecto a la Comisión Europea podemos distinguir dos posiciones diferencias, cada una referente a una presidencia.

La Comisión del presidente Juncker ocupó el periodo comprendido entre 2014 y 2019. Y dado que el Dictamen 2/13 tiene fecha de 18 de diciembre de 2014, dicha comisión presenció el frenazo del proceso y su estancamiento. Sin embargo, en sus inicios la adhesión era una realidad cada vez más palpable, por lo que la Agenda de esta comisión incluyó la adhesión como un objetivo a cumplir dentro de las 10 prioridades de la Comisión Juncker durante la VIII legislatura. Concretamente, en la prioridad nº7 Consolidación de un espacio de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua (Juncker, 2014, p. 10). Así, se especificaba como objetivo intrínseco a éste la conclusión de la 'adhesión de la UE al CEDH, con arreglo a la obligación prevista en el Tratado de la UE' (Guinea Llorente M. y Díaz Lafuente J., 2019, p. 6).

Pero, como hemos señalado, el Dictamen 2/13 fue un abrupto parón en el desarrollo del proceso de negociación para la adhesión. Esto hizo que durante la VIII legislatura, lo relativo a la adhesión al CEDH se congelara, incluidos los esfuerzos de la Comisión para alcanzar dicho objetivo. De hecho, en cuanto a manifestaciones relevantes de esta institución al respecto, destaca la ocurrida el 18 de mayo de 2017, cuando publicó un staff working document sobre la aplicación de la CDFUE en 2016, en donde dedica un apartado a recalcar la necesidad de cumplir con el mandato del Tratado de Lisboa para poder avanzar en la garantía de los derechos humanos en la Unión. Pues, según dicho documento, la adhesión 'mejoraría la eficacia de la legislación de la UE y aumentaría la coherencia en la protección de los derechos fundamentales en Europa' (Comisión Europea, 2017, p. 4). Además, en él señala que, dada la necesidad de rediseñar el Proyecto de adhesión, la Comisión como negociador de la Unión Europea (institución representante de sus intereses), continuaría trabajando junto al Consejo pertinente para buscar soluciones a las 18 objeciones señaladas por el Dictamen 2/13 (Mańko, 2017, p. 6), ya que la adhesión de la UE al CEDH seguía siendo una prioridad para la Comisión (Parlamento Europeo, 2019).

Por lo que, puede deducirse que la Comisión ha manifestado interés en continuar con la renegociación del Proyecto de adhesión tras el Dictamen 2/13 de acuerdo con el interés general que presenta la Unión. Es decir, dado que es la

institución encargada de velar por los intereses de la UE, ha sostenido una actitud en línea con ello, siendo receptiva en cuanto a nuevos debates resolutivos y manteniendo la iniciativa en el encauzamiento de éstos.

Pero pese a lo mencionado, aparentemente la Comisión no mantuvo tanto la persistencia en la causa tras el dictamen como el Parlamento Europeo, cuyas manifestaciones al respecto fueron más habituales. De ese modo, y dada la complejidad de destilar soluciones para la batería de argumentos emitidos en el Dictamen 2/13, el debate se fue erosionando con el paso del tiempo, hasta que expiró la legislatura de la Comisión Juncker sin haber conseguido alcanzar el objetivo de la adhesión. Aunque hoy se siguen contemplando nuevas rutas para avanzar hacia la adhesión, como la renegociación de un nuevo Proyecto de adhesión, 'la responsabilidad última de que esta cuestión se encuentre paralizada depende única y exclusivamente de la voluntad del Tribunal de Justicia y la autonomía del Derecho de la UE, quedando limitado el margen de maniobra de la Comisión' (Guinea Llorente M. y Díaz Lafuente J., 2019, p. 113).

La actual Comisión presidida por Úrsula von der Leyen tomó posesión continuando con el legado de la Comisión Juncker, cuando la cuestión de la adhesión al CEDH ya estaba congelada. De modo que, siguiendo con el ralentí que paulatinamente se hizo tendencia en la UE, no se incluyó la adhesión al CEDH en la Agenda de la Comisión.

Los principios que se enuncian en la guía política para la Comisión de 2019-2024 son el Green Deal Europeo, una economía para la gente, una Europa adecuada a la era digital, la protección del estilo 19 de vida europeo, fortalecer el papel de Europa en el mundo y un nuevo impulso para la democracia Europea (Leyen, 2019, p. 2). En ellos, no existe ninguna mención expresa a la adhesión de la UE al CEDH, ni a los derechos humanos en sí mismos. Las referencias más próximas están dentro de *Una economía para la gente,* y concretamente en el subapartado *El pilar social de Europa,* en donde se menciona la indisoluble vinculación de los derechos sociales y la economía moderna, prestando atención a la necesidad de garantizar los derechos laborales e infantiles. También en el subapartado de la misma categoría *Una Unión de igualdad,* al mencionar la necesidad de la defensa de la igualdad de género, la lucha contra la violencia de género y la no discriminación. Con esto, la nueva Comisión sí retoma retos que dejó pendiente la Comisión Juncker para la defensa efectiva de los derechos fundamentales, pero deja atrás la conclusión del proceso de adhesión al CEDH, dilatando así el cumplimiento con el mandato de adhesión del Tratado de Lisboa.

De esta manera observamos que, la situación actual en cuanto a la adhesión ha llegado a un nivel de complejidad tal que parece una causa paralizada, cuyo avance depende únicamente del Tribunal de Justicia, el cual permanece inmóvil. Por ello, otras Instituciones, como la Comisión, parecen haber desistido en los esfuerzos para impulsar el arreglo de las incompatibilidades legislativas destacadas por el TJUE, ya que no parecen permear. Así, la adhesión de la Unión Europea al CEDH se convierte, poco a poco, en una medida cuya facticidad está cada vez más lejos.

Sin embargo, en el momento en el que se redactan estas líneas, la UE se enfrenta a una crisis sanitaria de profundo calado en Europa, que ha obligado a reordenar las prioridades de acción y actuar rápidamente contra las graves repercusiones que el COVID-19 está causando en la salud de la ciudadanía y la economía de la Unión. Incluso, su impacto está alcanzando también el área de los derechos humanos, pues el virus ha irrumpido en nuestra sociedad quebrando nuestro modo de vida, paralizando el sistema durante una cuarentena internacional y restricciones a la movilidad aún vigentes, y en donde los más vulnerables están siendo víctimas de los efectos económicos de tal paralización. El ritmo frenético que impulsaba la maquinaria de la globalización ha sido parado en seco. Por ello, ahora se acentúan las desigualdades dentro de nuestra sociedad y se ven mermados nuestros derechos sociales y civiles por de la fragilidad del sistema tras el golpe. La falta de recursos, la brecha digital o la paralización de ingresos derivados del sector servicios son algunos de los factores que están haciendo que seamos testigos de una crisis sanitaria, económica, y de derechos humanos que va a obligar a la UE a responder ante un reto sin precedentes. De hecho, 'los oficiales de derechos humanos de las Naciones Unidas y los expertos independientes designados por la ONU han recalcado, desde el comienzo del brote de COVID-19, la importancia de proteger los derechos de las personas' (ONU, 2020) en una situación que está agravando la exclusión, la xenofobia y la desigualdad. Por eso, cabe destacar que esta contingencia puede provocar un punto de inflexión a partir del cual la Comisión reestructure sus prioridades y diseñe nuevas medidas para fortalecer la garantía de los derechos fundamentales en la ciudadanía europea.

2.3 El Consejo de la Unión Europea: principal promotor de la adhesión al CEDH

El 12 de octubre el Consejo manifestó sus conclusiones sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en 2016, recalcando que el Consejo 'sigue comprometido con la adhesión de la UE al CEDH e invitó a la Comisión a completar rápidamente su análisis de las cuestiones jurídicas planteadas por el Tribunal de Justicia' (Parlamento Europeo, 2019). Mostrando así cierta determinación a la hora de impulsar la apertura de nuevos debates en base a las apreciaciones del Dictamen 2/13.

También, 'durante la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior del 8 de diciembre de 2017, la Comisión informó a los ministros sobre los próximos pasos con respecto a la adhesión y expresaron la importancia jurídica y política de este proceso' (Parlamento Europeo, 2019), manifestando un deseo de avance e inquietud por progresar en el proceso de negociaciones.

Un año más tarde, en 'las conclusiones del Consejo del 12 de octubre de 2018 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en 2017, de nuevo el Consejo reiteró su compromiso con la adhesión de la UE al CEDH e invitó nuevamente a la Comisión a completar rápidamente su análisis de las cuestiones jurídicas planteadas 21 por el Tribunal Europeo de Justicia' (Parlamento Europeo, 2019). Aquí, dos años más tarde, el Consejo vuelve a reiterarse motivando de nuevo a la Comisión, reflejando que su interés permanece indemne. En ese mismo año, también se recalcó la urgencia de acelerar la adhesión en 'una reunión del 30 de noviembre de la Presidencia austriaca y rumana, así como de la Comisión, con el Consejo de Europa, en donde se afirmó que todos los aspectos indicados en el Dictamen 2/13 del TJUE se habían abordado a nivel de expertos y del Consejo' (Parlamento Europeo, 2019) con el fin de poder abrir las renegociaciones lo antes posible. En esta ocasión, la actitud del Consejo ya reflejaba cierta impaciencia por movilizar la causa.

Y finalmente, 'el 7 de octubre de 2019, después de recibir una contribución por escrito de la Comisión que aborda todas las objeciones planteadas por el TJUE, el Consejo reafirmó su compromiso con la adhesión y acordó directrices de negociación complementarias para permitir una rápida reanudación de las negociaciones con el Consejo de Europa' (Parlamento Europeo, 2019).

Por lo expuesto, podemos sostener que el ímpetu con el que el Consejo de la Unión Europea ha defendido la adhesión es una tónica constante en su actitud, lo cual le ha hecho ser la institución europea que más ha defendido la causa tras el Dictamen 2/13. Sus intervenciones han sido numerosas, evidenciando un nivel de compromiso elevado, y tomando la iniciativa en varias ocasiones para motivar el consenso respecto al Proyecto de adhesión. Teniendo en cuenta que este órgano es el responsable de velar por los intereses de los Estados miembros en cada una de las materias que se trabajan, su acción nos invita a pensar que el interés general de los Estados miembros apunta hacia la adhesión. Por lo que, el veto judicial del Proyecto de adhesión no puede ocultar una voluntad general de oposición por parte de los veintisiete Estados, no al menos observando las dinámicas de la institución responsable de defender sus posturas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, dado el comportamiento que han mantenido las diferentes Instituciones observadas, y a partir de una visión conductista enmarcada dentro de la teoría crítica de las Relaciones Internacionales, las percepciones de cada actor internacional nos llevan a señalar varias conclusiones relevantes.

La primera conclusión señala que la paralización de las negociaciones para la adhesión de la UE al CEDH responde, principalmente, a la disconformidad del TJUE con los términos en los que estaba prevista dicha adhesión. De acuerdo con ello, queda esclarecida nuestra pregunta de investigación y cubiertos los objetivos inicialmente planteados. La percepción de amenaza por la pérdida de concentración de poder hace que el TJUE mantenga la negativa, y, por ende, el veto sobre el Proyecto de adhesión. Pues, ésta supondría una alteración de su estatus, al introducir un nuevo órgano competente en la interpretación última del Derecho comunitario en materia de derechos humanos; el TEDH. Así, con los rígidos argumentos expuestos en el Dictamen 2/13, el TJUE obliga a la renegociación de dichos términos, alargando el procedimiento en un total de seis años hasta el día de hoy.

La segunda conclusión que observamos es que, el resto de las Instituciones analizadas han persistido en su interés por cumplir con el mandato de adhesión impuesto por el Tratado de Lisboa tras el veto del Dictamen 2/13, aunque cada una en diferente medida. El Consejo de la Unión Europea, encargado

de velar por los intereses de los Estados miembros, ha hecho referencia a su compromiso con la causa e instado a la búsqueda de nuevas soluciones que ayuden a colmar las lagunas legales que se señalan en el Dictamen, por lo que cabe interpretar que el interés general de los Estados miembros es el cumplimiento con el mandato de adhesión. El Parlamento Europeo, también ha mostrado su deseo de impulsar el proceso de adhesión por los beneficios que ello supondría para la defensa de los derechos de la ciudadanía europea, entre ellos la clamada armonización legislativa, en sintonía con su responsabilidad de representación del pueblo europeo. Y la Comisión Europea se mostró partidaria de dicha opción durante el periodo de la Comisión Juncker, aunque el estancamiento del proceso hizo que la Agenda de la Comisión de Úrsula von der Leyen no hiciera de dicha adhesión una prioridad política.

De estas dos primeras conclusiones, se deduce que nuestra hipótesis de partida queda rechazada, ya que no es una percepción unánime entre las Instituciones de la UE. En general, todas menos el TJUE han mostrado compromiso y esfuerzos por hacer prosperar la adhesión. Siendo solamente el TJUE el más reticente por las justificaciones expuestas.

La tercera conclusión deriva directamente de las anteriores. Dado que es la fuerza contraria a la tendencia común que está ejerciendo el TJUE lo que ha ralentizado el proceso de adhesión, haciendo del mandato del Tratado de Lisboa un proyecto in albis, estamos ante una estrategia de contención de poder por la cual el TJUE está lidiando una pugna silenciosa con el fin de no renunciar a su estatus como único intérprete supremo del Derecho comunitario. Es decir, el TJUE muestra una estrategia que pretende mantener la posesión de la total legitimidad de índole racional-legal (Sánchez, 2011, p. 157) en una sola institución competente, ya que la adhesión de la UE al CEDH quebraría el monopolio del capital simbólico basado en el conocimiento y reconocimiento (Sánchez, 2011, p. 156) de interpretación de la norma del que el TJUE goza. Por ello, el campo de poder en el que se inscribe dicho tribunal, entendido como el 'espacio de relaciones de fuerza entre agentes e Instituciones' (Bordieu, 1997, p. 320) es hoy en día un espacio caracterizado por unas relaciones de poder en donde el TJUE nada contracorriente al deseo general de cumplir con el mandato, y emplea el ejercicio de su competencia para obstaculizar los cauces. Es una reacción de autodefensa, por la que blinda su legitimidad basada en la legalidad del orden establecido por el sistema institucional de la UE a través de su mismo ejercicio. Así, la quiebra de su

concentración de poder no ocurre, pues se dilata en el tiempo la introducción del TEDH en el sistema judicial de la UE.

De este modo, podemos sostener que tras el Dictamen 2/13 se esconde una pugna de poder entre Instituciones simétricas, donde una de ellas, el TJUE, ejerce presión para mantener su autonomía intacta. Y esta tendencia, desde el punto de vista de la Ciencia Política, disciplina en donde el poder tiene cabida como objeto de estudio, puede ser observada con el fin de arrojar luz sobre las relaciones de poder y resistencias que ahí están ocurriendo. Por lo que, he ahí una línea de investigación abierta a aportaciones que alimenten el debate sobre la posición del TJUE ante la adhesión al CEDH, y que nos permitan conocer mejor las relaciones interinstitucionales.

La cuarta conclusión de nuestro análisis señala que este escenario complejo de bloqueo y resistencia respecto a la adhesión es susceptible de alterarse repentinamente, pues la incipiente crisis de derechos provocada por el COVID-19 podría significar un giro en las prioridades de la Comisión y reimpulsar con ello las negociaciones hacia una base jurídica más coherente y eficaz en materia de derechos humanos para enfrentar de forma unánime dicha tesitura. Se precisa de una respuesta política unánime y sólida ante los retrocesos que sufrirán las garantías de los derechos humanos en los Estados miembros a causa de la crisis sanitaria y económica. La paralización actual de nuestro sistema económico ha dejado en evidencia carencias antes ignoradas, las cuales pueden ser más agudas si no se atacan desde la centralización de la UE, pues estamos ante una crisis global que requiere de una respuesta transnacional. De ahí la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales a nivel europeo, para articular guías de acción comunes a los países miembros y profundizar en la integración para afrontar mejor los retos globales de un mundo interconectado. Por ello, la adhesión de la UE al CEDH es un requisito básico para armonizar la legislación vigente y ganar en coherencia y eficacia. Y aunque haya quedado obstaculizada desde el 2013, las contingencias actuales influyen para que se reanude el procedimiento en el futuro próximo de la Unión Europea y se concluya con la tendencia spill-over de la integración europea.

En última instancia, concluimos que los términos en los que fue negociado el Proyecto de adhesión deben ser pulidos en la menor brevedad posible para que, junto con la presión ejercida por el contexto de la crisis de derechos que se avecina en el escenario postCOVID-19, se fuerce un análisis más laxo por parte del TJUE de la compatibilidad del Proyecto de adhesión, para provocar un avance

en el procedimiento. Una incitación urgente para los comienzos de esta nueva década. Precisamente, de acuerdo con un comunicado del Presidente y el Primer Vicepresidente de la Comisión Europea al Secretario General del Consejo de Europa, la Unión Europea estaba dispuesta a reanudar las negociaciones sobre su adhesión a la CEDH en mayo de 2020 (Council of Europe, 2019) (fecha retrasada indefinidamente dada la crisis sanitaria del momento), por lo que parece que el escenario venidero será el adecuado, pues varios factores convergen a su favor.

Por lo expuesto, podemos divisar que la parálisis de la tramitación de la adhesión de la Unión Europea al CEDH tendrá unas condiciones propicias para su reanudación con la situación que la crisis sanitaria del COVID-19 deje tras de sí, dado su impacto ya incipiente en la garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea. De manera que, los próximos meses se presentan como un momento clave para que la Unión Europea muestre su capacidad de resiliencia, y quizá emerja con un sistema de protección de los derechos humanos más sólido, garantista y efectivo.

REFERENCIAS

Aportaciones doctrinales:

Artículos de revistas:

CLOSA, C., 1994. *'Epur si muove: teorías sobre la integración europea'.* Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Issue 85, pp. 339-364.

DAUKŠIENĖ y GRIGONIS, 2015. *Accession of the EU to the ECHR: Issues of the corespondent mechanism. International Comparative Jurisprudence*, Issue 1, pp. 98-105.

ELIA, A., 2015. *"Quisiera pero no puedo": El Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la UE sobre el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH y el Destino del Sistema Europeo Integrado de Protección de Derechos Fundamentales.* Civitas Europa, Issue 35, pp. 279-281. 26

FRANCH, V. B., 2014. *La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales.* Revista Europea de Derechos Fundamentales , Volumen segundo semestre, pp. 15-50.

GÓMEZ, E. V., s.f. *Derechos Humanos, Unión Europea y Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las CC.EE.*. Universidad de Córdoba: 1996, pp. 129-139

JACOBS, F. G., 2006. *The European Convention of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Human Rights and the European Court of Justice. The impact of European Union accession to the European Convention on Human Rights". The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, pp. 291-296.

LUZARRAGA, F. A., 2001. *La Unión Europea: actor de las relaciones internacionales*. Papeles y memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Issue 10, pp. 190-199.

NANCLARES y MARTÍN, 2015. *El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, Issue 52, pp. 825-869.

QUINTERO, R. M., 2015. *'Los derechos humanos en la Unión Europea. en especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo De Derechos Humanos'*. Revista Europea de Derechos Fundamentales , Issue 28, pp. 49-71.

ROZAS, J. C. F., 2014. *La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia.* Tribuna, Issue 23, pp. 40-56.

SÁNCHEZ, Y. Á., 2011. *El poder y las relaciones de poder en las organizaciones. Algunas aproximaciones teóricas desde las perspectivas de Michael Foucault, Pierre Bourdieu y Max Weber.*. Gest. Soc., 4(1), pp. 145-161.

Libros:

BOURDIEU, P. (1997). *Capital cultural, escuela y espacio social*. Jiménez, I. (Trad.). México: Siglo XXI editores.

GUINEA LLORENTE M. y DÍAZ LAFUENTE J., 2019. *El cumplimiento de la Comisión Europea con sus ciudadanos un balance de resultados de la VIII Legislatura del 27 Parlamento Europeo y recomendaciones para el futuro*. Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo: Marcial Pons.

Informes técnicos:

GARCÍA, R. A., 2015. *Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014,* Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR).

SANCHEZ, P. A. F., 1987. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos.* Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia.

TIMMERMANS, C., 2014. *Will the Accession of the EU to the European Convention of Human Rights fundamentally change the relationship between the Luxemburg and Strasburg Courts?.* Centre for Judicial Cooperation

TULKENS, Françoise. 2013. *EU Accession to the European Convention on Human Rights.* Krakow (Polonia) : National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP), 2013

Fuentes normativas:

Parlamento Europeo, C. y. C., 2007. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estrasburgo: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Tratado de Lisboa, 2009. Tratado De Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo De La Comunidad Europea. Lisboa: s.n.

Fuentes institucionales:

COMISIÓN EUROPEA, 2017. *Comission Staff Working Document on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2016*, Bruselas: s.n.

CONSEJO DE EUROPA y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2020. Consilium Europa. [En línea] Available at: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/human-rights/

COUNCIL OF EUROPE, 2019. *Council of Europe: Human Rights Intergovernmental Cooperation.* [En línea] 28 Available at: https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmentalcooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-onhuman-rights

JUNCKER, J.-C., 2014. *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático,* Estrasburgo.

LEYEN, U. V. D., 2019. *A Union That Strives For More. My Agenda For Europe (political guidelines for the next European Commission 2019-2024*), s.l.: s.n.

MAŃKO, R., 2017. *EU accession to the European Convention on Human Rights* (ECHR). European Parliamentary Research Service.

ONU, 2020. Organización de Naciones Unidas. [En línea] Available at: https://www.un.org/es/coronavirus/articles/proteger-derechoshumanos-coronavirus [Último acceso: 29 abril 2020].

PARLAMENTO EUROPEO, 2019. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea del Parlamento Europeo. La Protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*. [En línea] Available at: http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/146/laproteccion-de-losderechos-fundamentales-en-la-union-europea

PARLAMENTO EUROPEO, 2019. *Legislative Train area of Justice and Fundamental Rights*. [En línea] Available at: https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-ofjustice-and-fundamental-rights/file-completion-of-eu-accession-to-the-echr [Último acceso: 2020].

DERECHOS HUMANOS Y LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD: los retos del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria

Joan-Marc Ferrando Hernández
Universitat de València
València, España
joan.m.ferrando@uv.es

Resúmen: La cantidad de violaciones masivas de derechos humanos y de crímenes internacionales cometidos por todas las partes en el conflicto armado de Siria es abrumadora. Y sigue creciendo sin parar. Sin embargo, la mayoría de las atrocidades ocurridas desde 2011 en el país árabe permanecen impunes. Ante el bloqueo político del Consejo de Seguridad para enfrentar esas terribles violaciones de derechos humanos, la Asamblea General decidió, en diciembre de 2016, crear el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria (en adelante, el Mecanismo) con vistas a luchar contra la impunidad. El objetivo de esta comunicación es analizar las características que configuran el Mecanismo y evaluar los retos y aportaciones más destacados a los que se enfrenta en su misión de contribuir a una estrategia de rendición de cuentas para Siria. En primer lugar, se situará el Mecanismo en el contexto político que desencadenó su nacimiento y que, en gran medida, determinó su naturaleza jurídica. En la segunda sección, se abordarán las dos funciones principales que la Asamblea General encomendó al Mecanismo: por un lado, recopilar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de las violaciones de derechos humanos cometidas en Siria; y, por otro lado, preparar expedientes penales para facilitar el enjuiciamiento de los presuntos responsables en tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción sobre esos crímenes. En la tercera sección se examinarán, a la luz de los informes realizados por el propio Mecanismo, los retos de carácter político y técnico con los que debe lidiar para alcanzar sus fines. Sin embargo, y como se presenta en la cuarta sección, el Mecanismo puede suponer un importante avance para la exigencia de responsabilidades en Siria y para la justicia internacional.

Palabras clave: Derechos Humanos, Siria, Justicia Internacional

Abstract: The amount of massive attacks on human rights and international crimes committed by all parties in the Syrian armed conflict is overwhelming. And it is still growing without stop. Nevertheless, the vast majority of the atrocities occurred since 2011 in the Arab country remain unpunished. Considering the political blockade of the Security Council to tackle these terrible

human rights violations, the General Assembly decided, in December of 2016, to create the International, Impartial and Independent Mechanism for Syria with the aim of fighting against impunity. The objective of this paper is to analyse the characteristics of the Mechanism and to assess its main challenges and contributions in accomplishing the mission of building a strategy of accountability in Syria. Firstly, we will review the political context that gave birth to the Mechanism and determined, to a great extent, its juridical nature. Secondly, we will address the two principal functions that the General Assembly entrusted the Mechanism: on the one hand, to collect, consolidate, preserve and analyse all evidence of human rights violations committed in Syria; on the other hand, to prepare criminal files in order to facilitate judicial proceedings against the allegedly responsible of such crimes in national, regional or international courts that have or may have jurisdiction. Thirdly, regarding the Mechanism's reports, we will examine the political and technical challenges that it may face in fulfilling its purposes. However, as presented in the fourth section, the Mechanism may become an important step forward in terms of accountability in Syria and of international justice.

Key-Words: Human Rights, Syria, International Justice

INTRODUCCIÓN

El conflicto armado en Siria se acerca a su décimo aniversario. Tras casi una década de guerra, el total víctimas es estremecedor, el número de desplazados se cuenta por millones y el país está completamente devastado. En 2011, la brutal represión de las protestas pacíficas de la población dio paso a una escalada de violencia que muy pronto desembocó en una guerra sectaria entre múltiples facciones, algunas con apoyo exterior explícito, incluso con la intervención directa y armada de potencias extranjeras como Rusia, Irán, Estados Unidos o Turquía. La naturaleza del conflicto armado sirio, por su diversidad de actores e implicaciones, es muy compleja y ha dado lugar a intensos debates.

Ahora bien, no cabe la menor duda de que en este conflicto armado todas las partes en conflicto han cometido gravísimas violaciones del Derecho Internacional y de los derechos humanos. No solo eso, sino que además es uno de los conflictos armados en el que hay mayor número de violaciones documentadas, gracias, sobre todo, a la peligrosa labor llevada a cabo por la sociedad civil siria. Matanzas, desapariciones forzadas, torturas en cárceles secretas, destrucción de bienes culturales, esclavitud sexual, ataques indiscriminados con armas químicas sobre la población civil, genocidio de

minorías étnico-religiosas… A lo largo de estos casi diez años de guerra, prácticamente se ha perpetrado todo el catálogo de crímenes internacionales establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A pesar de la gravedad de los hechos, durante muchos años la comunidad internacional permaneció paralizada. En el Consejo de Seguridad, se bloquearon todas las resoluciones relacionadas con Siria, muy especialmente aquellas que debían permitir la rendición de cuentas de los máximos responsables de las atrocidades cometidas en el país árabe. Así, en 2016, en ese contexto de bloqueo de las instituciones internacionales, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió dar un paso adelante para enfrentar las violaciones masivas de derechos humanos y creó el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria (en adelante, el Mecanismo). El objetivo de este estudio es analizar las características del Mecanismo y evaluar los principales retos y contribuciones más destacadas que puede plantear en la estrategia de rendición de cuentas para Siria.

A este propósito, en la primera sección, se situará el Mecanismo en el contexto político que propició su nacimiento y que, en gran medida, determinó su naturaleza jurídica. La situación de bloqueo político en el Consejo de Seguridad desencadenó la reacción de la Asamblea General a favor de promover la rendición de cuentas por los graves crímenes internacionales que se estaban cometiendo en Siria. Su acción fue más allá de la creación de una comisión de investigación (organismo, para el caso de Siria, que ya existía desde 2011), sin llegar a erigir una nueva jurisdicción al estilo de los tribunales penales internacionales de las últimas décadas.

En la segunda sección, se abordarán las dos funciones principales que se derivan del mandato que la Asamblea General encomendó al Mecanismo: por un lado, la función de recopilar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de las violaciones de derechos humanos cometidas en Siria; y, por otro lado, la labor de preparar expedientes penales para facilitar el enjuiciamiento de los presuntos responsables en tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción sobre esos crímenes. Para alcanzar sus objetivos, el Mecanismo necesitó dotarse de una estructura interna que diera coherencia a sus actividades.

A la vista de este diseño y funciones, en la tercera sección, se abordarán diversos retos de carácter político y técnico con los que el Mecanismo debe lidiar. Algunos de estos aparecen formulados en los informes que

periódicamente presenta el organismo a la Asamblea General, así como las soluciones más o menos exitosas que va adoptando el Mecanismo para superarlos.

Por último, y como se presenta en la cuarta sección de este estudio, a pesar de tener numerosos desafíos, el Mecanismo también ofrece avances muy interesantes para la justicia internacional, en particular en materia de lucha contra la impunidad en Siria. Sus contribuciones incrementan de forma considerable las perspectivas de rendición de cuentas de los responsables de los crímenes internacionales cometidos en Siria y, al mismo tiempo, desbrozan el camino para la construcción de una paz duradera en el país árabe.

1. LA GUERRA EN SIRIA Y EL NACIMIENTO DEL MECANISMO INTERNACIONAL, IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

El conflicto armado en Siria llevaba más de cinco años abriendo los informativos internacionales cuando la Asamblea General de Naciones Unidas decidió crear el Mecanismo. Desde el estallido de las protestas contra el régimen de Bashar al-Asad en 2011 hasta el año 2016 se documentaron incontables atrocidades: ataques indiscriminados contra la población civil, empleo de armas químicas, desapariciones forzadas, torturas a opositores políticos en centros y prisiones secretas, la destrucción intencional de patrimonio cultural, asesinatos masivos, violaciones sistemáticas y esclavitud sexual, el genocidio de comunidades étnico-religiosas, etc. La lista de crímenes cometida por todas las partes en el conflicto armado es larguísima.

Para el año 2016, el Uppsala Conflict Data Program cifró un total de 297.961 el número de víctimas mortales como resultado de la guerra. Sin embargo, el Enviado Especial de Naciones Unidas para Siria, Staffan Mistura, elevó esa cifra hasta los 400.000 aproximadamente (Aljazeera, 2016). Los datos recogidos por ACNUR para ese mismo año contaban un total de 12 millones de personas desplazadas forzosamente de sus hogares en Siria, de las cuales 5,5 millones correspondían a refugiados en otros países.

Ante semejantes datos, la comunidad internacional reclamó en diversas ocasiones al Consejo de Seguridad que tomara cartas en el asunto y remitiera las atrocidades cometidas en territorio sirio a la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). Unos años atrás, el Consejo de Seguridad ya había remitido a la

CPI las situaciones de Darfur y Libia (Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005, y Resolución 1970, de 26 de febrero de 2011, respectivamente). Así pues, en 2014, el representante de Francia presentó el Proyecto de Resolución S/2014/348, de 22 de mayo, en la que se determinaba que la situación en Siria constituía una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, se condenaban las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas tanto por las fuerzas gubernamentales como por los grupos armados y se remitía, en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el caso a la fiscalía de la CPI para su investigación. La propuesta cosechó un rotundo fracaso al ser vetada por Rusia y China. Los principales argumentos en contra eran, por un lado, que la resolución pretendía "utilizar la Corte Penal Internacional para exacerbar aún más las pasiones políticas y sentar las bases definitivas para una futura intervención militar" (Consejo de Seguridad, 2014, S.PV/7180, pp.13-14), y, por otro lado, que tal resolución suponía una injerencia en la soberanía siria que no estaban dispuestos a tolerar. El temor fundamental, expresado por el representante ruso, era que la situación en Siria derivara en una situación parecida a la de Libia, país en el que la remisión a la CPI no sirvió para solucionar el conflicto, sino que "añadió más leña al fuego" (Consejo de Seguridad, 2014, S.PV/7180, p.13).

En este bloqueo político del Consejo de Seguridad tiene su origen el Mecanismo. Ante tan imperdonable inacción, en diciembre de 2016, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió ir un paso más allá y crear un nuevo organismo enfocado a asegurar la exigencia de responsabilidades por la comisión de crímenes internacionales cometidos en Siria.

El nacimiento del Mecanismo se debió a la propuesta que presentaron un grupo de países encabezados por Liechtenstein y Qatar. Entre los impulsores también había seis países miembros del Consejo de Seguridad en aquel entonces: Francia, Nueva Zelanda, España, Ucrania, Reino Unido y Estados Unidos. En los debates para su adopción quedó reflejado el desacuerdo entre algunos miembros del Consejo de Seguridad como causa principal de la inacción de la comunidad internacional (Asamblea General, 2016, A/71/PV.66, p.19-20). A pesar de la oposición de diversos países, la propuesta fue aprobada por 105 votos a favor, 15 en contra y 52 abstenciones. Así pues, a través de la Resolución 71/248, de 21 de diciembre de 2016, la Asamblea General reconocía la labor de los agentes sociales sirios y de la sociedad civil internacional en la documentación de las violaciones y abusos cometidos durante el conflicto y observaba con

preocupación la impunidad respecto de estas graves violaciones. La Asamblea General, enfatizando en la necesidad de la adopción de una estrategia efectiva de rendición de cuentas, decidió lo siguiente:

> Establecer el Mecanismo International, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011 bajo los auspicios de las Naciones Unidas para cooperar estrechamente con la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria con miras a recabar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos y a preparar los expedientes para facilitar y acelerar un proceso penal justo e independiente de conformidad con las normas del derecho internacional, en las cortes o los tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción en el futuro sobre esos delitos, de conformidad con el derecho internacional" (A/RES/71/248, pár.4)

Rusia y Siria, que capitanearon la oposición al Mecanismo, centraron sus críticas fundamentalmente en dos cuestiones. En primer lugar, sostenían que la creación del Mecanismo suponía una intromisión en la soberanía de Siria. Este argumento no es admisible puesto que el Mecanismo pretende asistir a los Estados o a tribunales nacionales, regionales o internacionales en el ejercicio de una competencia para perseguir y castigar los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio que ya poseen. En otras palabras, nada impediría a Siria activar su jurisdicción sobre los crímenes internacionales cometidos en su propio territorio (WENAWESER y COCKAYNE, 2017, p.219).

En segundo lugar, argumentaban que la Asamblea General se había extralimitado en sus funciones y había invadido las competencias del Consejo de Seguridad para crear un órgano subsidiario con poderes parecidos a los de una fiscalía. El representante ruso señaló que la Asamblea General "no puede establecer órganos o entidades procesales a los que se pueda encomendar la investigación de delitos cometidos" (Asamblea General, 2016, A/71/PV.66, pp.23-24), posibilidad únicamente reservada al Consejo de Seguridad. Sin embargo, como destacan los profesores WENAWESER y COCKAYNE (2017, pp.224-228), el Mecanismo no tiene poderes de fiscalía, no puede formular acusaciones ni perseguir a nadie, sino que su labor se centra en la preparación de los materiales para que otros agentes los usen en los procesos penales que tengan lugar ahora o en el futuro, es decir, el Mecanismo puede asistir a todas aquellas

instancias que tengan una base jurisdiccional válida. La Asamblea General no puede crear tribunales para perseguir crímenes internacionales, competencia reservada exclusivamente al Consejo de Seguridad, por lo que, con la creación del Mecanismo, la Asamblea General fue lo más lejos posible en el ejercicio de sus poderes (WHITING, 2017, p.232).

En definitiva, la naturaleza jurídica del Mecanismo quedó perfectamente explicada en el primer informe realizado por el propio mecanismo:

> La Asamblea General no ha establecido una nueva jurisdicción que pueda emitir autos de procesamiento, enjuiciar causas o dictar sentencias. Por el contrario, ha creado una oficina que llevará a cabo una labor preparatoria esencial —basada en las metodologías del derecho penal— para promover el proceso de justicia penal en las jurisdicciones correspondientes. (A/72/764, pár.7)

Con ello se hacía referencia a los tribunales nacionales que pudieran ejercer (o, de hecho, están ejerciendo) su competencia respecto ciertos crímenes cometidos en Siria, así como a órganos ya existentes (como la Corte Penal Internacional) o que puedan surgir (p.ej. la creación de un tribunal ad hoc para Siria) que en un futuro adquieran jurisdicción sobre crímenes internacionales cometidos en el país árabe. Así pues, el Mecanismo se apartaría de los modelos precedentes de justicia penal internacional que imperaron en la última década del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI. Su naturaleza genuina, entonces, se refleja en sus funciones de "cuasifiscalía", esto es, en su misión de apoyar los procesos penales aun cuando no puede formular acusaciones ni incoar procedimientos (A/72/764, pár.10).

2. FUNCIONES Y ESTRUCTURA DEL MECANISMO INTERNACIONAL, IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

El Mecanismo aspira a contribuir de forma efectiva al proceso de rendición de cuentas en Siria por las violaciones de derechos humanos y de las graves violaciones del derecho internacional humanitario. La justicia penal forma parte de una estrategia más amplia de justicia transicional para Siria en el que se incluyen procesos de búsqueda de la verdad, reparaciones a las víctimas y la restauración de su dignidad, las garantías de no repetición y la reforma de las instituciones y las leyes; todo ello con vistas a luchar contra la impunidad de las atrocidades cometidas en el país árabe (A/71/755, pár.8).

Con este objetivo en el horizonte, la Asamblea General invistió al Mecanismo con el mandato de "prestar asistencia en la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de derecho internacional más graves, en particular el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tal como se definen en las fuentes pertinentes del derecho internacional" (A/71/755, pár.10). Esta misión se desdobla en las dos funciones principales del Mecanismo, expresadas, como se ha visto, en el párrafo 4 de la Resolución 71/248: por un lado, recabar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos; y, por otro lado, preparar los expedientes penales de conformidad con las normas internacionales, para poder enjuiciar en los tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción en el futuro sobre esos crímenes.

En primer lugar, con la función de "recabar, consolidar, preservar y analizar pruebas", el Mecanismo hace acopio de todo tipo de material probatorio con el objetivo de "establecer la conexión entre las pruebas de los hechos delictivos y quienes sean responsables, directa o indirectamente, de esos presuntos delitos" (A/71/755, par.13), esforzándose en determinar la modalidad específica de responsabilidad penal. Para ello, el Mecanismo trabaja con muy diversos materiales probatorios, como documentos, fotografías, vídeos, imágenes de satélite, declaraciones de víctimas y testigos y material de código abierto (A/73/741, pár.10). Desde principios de 2018, los informes señalaban un incremento en el número de registros de pruebas, que superarían la cifra de un millón a finales de 2019 (A/74/313, pár.13). Con estas cifras, se intuye un problema en la gestión del ingente volumen de datos sobre el que volveremos más adelante.

La información y documentación que, una vez procesada, pueda constituir prueba proviene de una gran disparidad de fuentes. Según sus propios informes, el Mecanismo obtiene la información de los Estados, las organizaciones internacionales, las organizaciones de la sociedad civil sirias e internacionales, así como de periodistas y otras instancias. Destacadamente, el Mecanismo ha promovido la colaboración con la Comisión de Investigación y con el Mecanismo Conjunto de Investigación de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (en adelante, OPAQ) para que pongan a su disposición todos los materiales que poseen. Asimismo, el Mecanismo ha suscrito acuerdos con diversas organizaciones de la sociedad civil siria y otras

organizaciones no gubernamentales para que proporcionen al Mecanismo la documentación sobre las violaciones cometidas en Siria y lo orienten en la consecución de una estrategia de rendición de cuentas afinada a los intereses de las víctimas. Por ejemplo, en abril de 2018, el Mecanismo firmaba con 28 organizaciones sirias un protocolo que establecía las líneas fundamentales de colaboración entre ellas para la consecución de los objetivos de justicia y reparación de las víctimas, y ha servido, al mismo tiempo, como base para que el Mecanismo suscribiera otros acuerdos individuales con otras organizaciones y agentes de la sociedad civil dispuestos a colaborar[1].

El Mecanismo registra, preserva y almacena sistemáticamente toda la información, los documentos y otros materiales probatorios recopilados (por ejemplo, declaraciones de testigos, material forense o entrevistas). Esta labor requiere una formidable tarea de "deduplicación" (esto es, purgar todo aquel material repetido), clasificación y organización de la información en categorías para que luego pueda servir para la preparación de los expedientes penales. Ello se realiza siguiendo un enfoque flexible que permite la adaptación de la información a los requisitos de las jurisdicciones que solicitan asistencia sin que por ello se vean comprometidos datos sensibles, como los relativos a las víctimas o a los testigos (A/73/741, pár17). Además, el Mecanismo opera según estándares internacionales en materia procesal penal con el fin de asegurar el mantenimiento de la cadena de custodia ininterrumpida de las pruebas. Esta adhesión estricta a las normas del Derecho Internacional, como explicaba el Secretario General en su informe a la Asamblea General, aspira a maximizar las posibilidades de que las pruebas sean admisibles en futuras actuaciones judiciales (A/71/755, par.17). Evidentemente, el despliegue de esta tarea demanda la existencia de un personal especializado y de unos sistemas informáticos avanzados para gestionar adecuadamente todos los datos y materiales.

El análisis de la información se elabora sin perder de vista la estrategia completa y exhaustiva de rendición de cuentas para los crímenes cometidos en Siria. A tal fin, el Mecanismo opera en el marco de una investigación estructural, que consiste en la recopilación y el análisis de la información y las pruebas para

[1] El protocolo de Lausana, así como más información de las relaciones del Mecanismo con otros agentes, puede encontrarse en la web institucional del Mecanismo: https://iiim.un.org/engagement-with-stakeholders/. El Protocolo de Lausana en inglés puede leerse en: <https://iiim.un.org/wp-content/uploads/2018/04/Protocol_IIIM_-_Syrian_NGOs_English.pdf> [Acceso: 22 diciembre 2020]

"elaborar los patrones delictivos, examinar los elementos contextuales de los delitos internacionales más graves y entender las relaciones entre delitos y autores, desde los autores materiales directos hasta los autores intelectuales con poder y autoridad sobre los sucesos" (A/73/295, pár.8). La investigación estructural permite la identificación de las estructuras de poder que sustentan la comisión de estos crímenes y el papel que desempeñan las personas dentro de las mismas (A/73/741, pár.22). Con este método, el Mecanismo también detecta lagunas en la información disponible y puede reorientar su actuación, de manera que se acelera la capacidad para preparar los expedientes penales.

En segundo lugar, sobre la base de las pruebas recabadas, analizadas y preservadas, el Mecanismo deberá preparar expedientes penales para facilitar los procesos penales en las cortes o tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción en el futuro sobre los crímenes cometidos en Siria. Esta función se concreta en la elaboración de expedientes penales centrados en la conducta delictiva de los máximos responsables, con independencia de su cargo y de la filiación a un bando u otro. Los expedientes incluirán tanto pruebas inculpatorias como exculpatorias (A/71/755, pár.19). Además, el Mecanismo pretende dar una atención específica a los delitos sexuales y por razón de género, así como los delitos contra la infancia, puesto que se considera que históricamente han sido ignorados o insuficientemente documentados por los órganos de justicia internacional (A/72/764, párs.23-25; también en A/74/699, pár.22).

Los expedientes penales se abren cuando el Mecanismo determina que existe una hipótesis viable de un caso como resultado de su labor analítica dentro de la investigación estructural, o bien cuando el Mecanismo presta su asistencia a una jurisdicción que está enjuiciando un asunto (A/74/313, párs.32-33). En febrero de 2019, había dos expedientes abiertos, uno como resultado de la propia investigación estructural; y el otro referido a un asunto que una jurisdicción estaba investigando en relación con un proceso penal abierto allí (A/73/741, pár.25). Un año después, en febrero de 2020, el Mecanismo mantenía abiertos dos expedientes (A/74/699, pár.26). Estos trabajos se han visto afectados por la incidencia mundial de la pandemia de la COVID-19, como se verá más adelante.

El Mecanismo puede compartir la información a petición de cortes o tribunales nacionales, regionales o internacionales, o bien por iniciativa propia, siempre y cuando en esos foros se respeten las normas internacionales y los derechos humanos, incluidas todas las garantías procesales, y no se prevea la

aplicación de la pena de muerte para los delitos en cuestión (A/71/755, párs.20-21). A medida que el Mecanismo ha ido desplegando sus funciones, el número de solicitudes de asistencia se ha incrementado gradualmente. Así, en agosto de 2018 se contabilizaron un total de siete solicitudes de información y pruebas de tres jurisdicciones distintas (A/73/295, pár.21), en febrero de 2019 se elevaron hasta catorce solicitudes, tres de las cuales se tramitaron y cerraron antes de terminar el año 2018 (A/73/741, pár.27-29), y, ya en agosto de 2020, alcanzaron las 66 solicitudes de asistencia de 11 jurisdicciones distintas (A/75/311, pár. 3).

Asimismo, en virtud de los principios de independencia e imparcialidad, que informan toda su actuación, el Mecanismo no sigue instrucciones de ningún agente o entidad, ni aplica ningún sesgo a favor o en contra de ningún Estado, grupo o individuo. En el ejercicio de sus principales funciones, el Mecanismo no adopta automáticamente las conclusiones de los entes que le facilitan la información, sino que realiza su propia labor analítica y extrae sus propias conclusiones. De la misma manera, el Mecanismo actúa de forma independiente en la selección de los casos, en la preparación de expedientes y en cualquier otra labor sustantiva, y seguirá trabajando al margen del desarrollo del proceso de paz en Siria (A/72/764, pár.14).

Con tal descripción de sus funciones, pudiera parecer que el Mecanismo solapa sus actividades con las de la Comisión de Investigación para Siria, establecida por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de agosto 2011 en virtud de la Resolución S-17/1. Sin embargo, no es así. Ciertamente, existen puntos de contacto estrecho entre ambos entes en los ámbitos territorial, temporal y material, pero una lectura más detenida de sus mandatos permite excluir tal solapamiento. El informe del Secretario General, de 19 de enero de 2017, A/71/755, en los párrafos 30 a 32, arroja luz sobre las diferencias entre los dos entes y su relación mutua. La Comisión de Investigación recopila información en materia de violaciones del derecho internacional y abusos de los derechos humanos, incluyendo los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, redacta informes sobre las pautas generales de esas vulneraciones y formula recomendaciones a un variado elenco de actores. En cambio, el Mecanismo recopila, consolida, preserva y analiza la información provista por otros, en particular por la Comisión de Investigación, con el objetivo de preparar expedientes que conecten las pruebas de los delitos con los responsables de tal manera que con ello se faciliten los procesos penales (A/71/755, párs.30-32). Este tratamiento riguroso de la información, en su obtención y análisis, es otra

diferencia entre ambos organismos, puesto que el Mecanismo, en el ejercicio de sus funciones, se adhiere estrictamente a las normas, garantías y estándares del derecho penal internacional. Por lo tanto, la Comisión de Investigación y el Mecanismo realizan sus funciones de forma complementaria. Así, a principios de 2018, ambos entes suscribieron un acuerdo de colaboración por el que la mayoría de los materiales de la Comisión se incorporaron al archivo del Mecanismo sin que ambos entes dejaran de trabajar en sus respectivos mandatos (A/73/741, pár. 14).

Para llevar a cabo adecuadamente sus funciones, el Mecanismo está dotado de una estructura interna que merece una breve mención. Con sede en el Palacio de las Naciones en Ginebra, está encabezado por la Sra. Catherine Marchi-Uhel[2], de Francia, quien asumió sus funciones el 8 de agosto de 2017, en calidad de Jefa; y, por la Sra. Michelle Jarvis[3], de Australia, quien asumió el cargo de Jefa Adjunta el 1 de diciembre de 2017 (A/72/764, párs.28-29). Sin lugar a dudas, sus historiales avalan unos amplios conocimientos en materia de derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, además de contar con un firme compromiso con la justicia internacional. La dirección del Mecanismo está apoyada por una secretaría formada por profesionales especializados en diversas materias relativas a los derechos humanos, cuestiones forenses (en particular técnicas forenses digitales, medicina forense e imágenes forenses), protección de testigos y

[2] La Sra. Catherine Marchi-Uhel tiene una amplia experiencia en el ámbito judicial y funcionarial, tanto en su país de origen como en las Naciones Unidas, en las áreas del derecho penal internacional, la justicia transicional y los derechos humanos. Ha desempeñado distintos cargos en la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, en las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya y en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. También fue Ombudsperson del Comité de Sanciones contra el Daesh y Al-Qaida del Consejo de Seguridad desde 2015. Más información en: <https://iiim.un.org/the-head-of-the-mechanism/> [Acceso: 22 de diciembre de 2020]

[3] La Sra. Michelle Jarvis posee una reconocida trayectoria en la esfera de la justicia penal internacional. Ha desempeñado el cargo de Fiscal Adjunta del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales. También tiene una amplia experiencia en cuestiones relativas al género y los conflictos armados. Además, ha coordinado la Red para el Enjuiciamiento de la Violencia Sexual relacionada con los conflictos, establecida en la Asociación Internacional de Fiscales en 2015, y es copresidenta del Comité de Crímenes de Guerra de la Asociación Internacional de Abogados. Más información en: <https://iiim.un.org/the-head-of-the-mechanism/> [Acceso: 22 de diciembre de 2020]

víctimas, delitos sexuales y por razón de género, derechos de los niños y delitos contra la infancia (A/71/755, pár.41), así como expertos en descubrimiento electrónico, o "e-discovery", ciberseguridad y tecnologías de la información (A/72/764, pár.31). En total, el Mecanismo debería contar con 60 funcionarios para alcanzar la plena operatividad. Sin embargo, a fecha de escribir estas líneas, solamente se han cubierto 46 puestos según el último informe publicado (A/75/311, pár.50).

3. LOS PRINCIPALES RETOS DEL MECANISMO INTERNACIONAL, IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

La naturaleza novedosa del Mecanismo, junto con el contexto político que propició su nacimiento, han hecho que el organismo se enfrente a muy dispares retos en el camino de la lucha contra la impunidad por los graves crímenes cometidos en la República Árabe de Siria. A continuación se presentan seis desafíos de índole política y técnica, dos esferas que en muchas ocasiones se dan de forma simultánea, de manera que resulta complicado distinguirlas.

En primer lugar, el cumplimiento del mandato del Mecanismo descansa sobre la base de la cooperación entre todos los agentes implicados en la estrategia de justicia integral para Siria. En ese sentido, el apoyo político resulta fundamental para la supervivencia del Mecanismo, como en su día lo fue para la creación de los tribunales penales internacionales en la ex Yugoslavia y Ruanda. La Asamblea General era consciente de que el Mecanismo languidecería sin un apoyo suficiente que garantizara la cooperación. Por esta razón, en los párrafos 6 y 7 de la Resolución 71/248, la Asamblea General exhortó a todos los Estados, a las partes en conflicto y a la sociedad civil, así como al sistema de Naciones Unidas en su conjunto para que cooperaran con el Mecanismo en el cumplimiento de su mandato. Esa cooperación no solo se circunscribe a la transferencia de información, documentación y pruebas que obren en su disposición, sino que también se extiende a "otras formas de asistencia" en materia de cooperación judicial y penal, que incluirían facilitar el acceso al territorio, el acceso a servicios de testigos y víctimas o a expertos (WENAWESER y COCKAYNE, 2017, p.215). Los Estados deberían adaptar sus sistemas jurídicos de forma que así se facilitara la cooperación con el Mecanismo para compartir material probatorio y expedientes penales y para activar su competencia en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales cometidos en Siria (A/72/764, pár. 73). La cooperación no atañe solamente a los

Estados, sino también a aquellos organismos de Naciones Unidas que puedan ser relevantes para el cumplimiento de su mandato. Por ejemplo, el Mecanismo ha suscrito acuerdos de colaboración con la Comisión de Investigación para Siria o con el Mecanismo Conjunto de la OPAQ para que compartan los materiales que tienen en su poder (A/73/741, pár.14). La cooperación con las entidades de la sociedad civil siria también es fundamental en el cumplimiento del mandato del Mecanismo ya que han sido principalmente estas las que, incluso a riesgo de la propia vida de sus miembros, han tenido un papel clave en la documentación, preservación y acceso a las pruebas en el terreno. Por tanto, sería correcto el análisis de ELLIOT (2017, pp.251-252) al señalar que el Mecanismo depende enormemente de la cooperación de la sociedad civil siria para cumplir con su mandato. En ese sentido, el Mecanismo se ha esforzado a lo largo de su existencia por firmar acuerdos y memorandos de colaboración, tanto colectivos como individuales, con entidades de la sociedad civil siria. Para ver cómo está funcionando la cooperación con el Mecanismo resulta ilustrativo examinar los datos de su último informe, en el que señala que había recibido 66 solicitudes de asistencia de 11 jurisdicciones distintas, había concertado 56 marcos de cooperación con Estados, organizaciones internacionales y agentes de la sociedad civil, estaba preparando otros 22 y había interactuado directa o indirectamente con más de 220 fuentes de información y pruebas (A/75/311, pár.3 y párs.26-28). El Mecanismo es consciente desde hace tiempo de que "si estas personas o entidades optan por no cooperar con el Mecanismo, ello podría afectar a la capacidad de este para reunir pruebas y preparar expedientes sobre los delitos correspondientes" (A/72/764, pár.15) y, en consecuencia, dañar fatalmente la estrategia de rendición de cuentas para Siria. En definitiva, si no se mantiene y se fortalece la cooperación entre todos los agentes implicados, no habrá forma de que el Mecanismo cumpla con su mandato.

La cooperación, por tanto, es esencial para que prospere la estrategia de rendición de cuentas en Siria. Con ello se plantea, en segundo lugar, un reto adicional, no menos importante, que afecta a la obtención de ciertas pruebas en el territorio sirio. La situación de conflicto armado dificulta o imposibilita de forma general el acceso a algunas zonas del país árabe. También hay diversos materiales o tipos de prueba que, por el contexto bélico, corren el riesgo de desaparecer o directamente ya han sido destruidas. A estos factores se añade la negativa rotunda del gobierno de Siria a conceder acceso a su territorio. Ello explicaría, entre otras razones, el porqué los informes del Mecanismo insisten en recomendar a las Naciones Unidas, y a los Estados en particular, que establezcan

procedimientos eficientes para permitir al Mecanismo el acceso a sus territorios y a los materiales a su disposición. Si bien la falta de acceso al territorio sirio es un inconveniente, el Mecanismo ha podido salvar este obstáculo gracias al uso de tecnología de última generación para acceder a una amplia gama de materiales probatorios al mismo tiempo que ha tejido una extensa red de colaboración con los agentes facilitadores de la información (A/72/764, pár.70-71). Por esta razón, el Mecanismo está firmemente interesado en fortalecer los vínculos con la sociedad civil siria y las ONG de ese país, puesto que son estas las que han venido documentando y facilitando al Mecanismo las pruebas de las violaciones y los crímenes internacionales cometidos en el país, y, además, han contribuido a sensibilizar sobre la labor del Mecanismo a las comunidades sirias, particularmente en esos lugares en los que el Mecanismo no tiene acceso (A/72/764, pár.54). En la actualidad, más de 220 personas y entidades, principalmente de Siria, colaboraban con el Mecanismo con el propósito de reunir información y pruebas (A/75/311, pár.11), a los que se sumarían diversos Estados, organizaciones internacionales y ONG. Todo ello, y gracias al uso de tecnología avanzada, ha permitido al Mecanismo acceder a valiosos materiales probatorios sobre los responsables de delitos y sobre grupos de víctimas y supervivientes.

En tercer lugar, el Mecanismo debe guiar su actuación en favor de una estrategia de rendición de cuentas que necesariamente incluya a las víctimas de las atrocidades cometidas en Siria si aspira a que esta tenga un carácter exhaustivo. Cuando nació el Mecanismo, las perspectivas de justicia para las víctimas eran escasas y lejanas, lo cual se sumaba a una dolorosa sensación de frustración. Por esta razón, el Mecanismo incluye entre sus principios rectores el enfoque centrado en las víctimas, con el fin de empoderarlas, de manera que puedan expresar sus opiniones, sus intereses y sus expectativas en relación con la estrategia de rendición de cuentas (A/72/764, pár.22). El enfoque también incorpora, y así lo prevén los principios rectores del Mecanismo, una atención especializada de los delitos sexuales, por razón de género y contra la infancia, a fin de garantizar que las voces de las mujeres sean debidamente escuchadas en el proceso de rendición de cuentas (A/72/764, párs.23-25). En el último informe del Mecanismo, de agosto de 2020, se exponía de forma clara en qué consiste el enfoque centrado en las víctimas:

> Lo que pretende el enfoque del Mecanismo centrado en las víctimas y los supervivientes es adquirir una mejor comprensión de las experiencias, preocupaciones y prioridades de las víctimas y los supervivientes de los delitos internacionales cometidos en la República Árabe Siria. Su objetivo es aumentar la inclusividad de las actividades del Mecanismo prestando una atención especial a las categorías de delitos y de supervivientes que a menudo se han ignorado o que no están suficientemente representadas en las actividades de justicia y de rendición de cuentas, como las mujeres, los niños y las minorías. El enfoque también pretende responder de una forma más efectiva a las necesidades de las víctimas y los supervivientes determinando vías eficaces de remisión de sus casos a entidades humanitarias, adoptando medidas para evitar nuevos traumas a esas personas, gestionando sus expectativas, encontrando la mejor manera de apoyar la búsqueda de las personas desaparecidas, mejorando la divulgación y el intercambio de información y creando posibilidades seguras y significativas de colaboración con el Mecanismo. (A/75/311, pár.45)

Para la correcta aplicación de este enfoque, resulta de especial importancia la ya mencionada cuestión de la cooperación entre la sociedad civil siria, las comunidades de víctimas y el Mecanismo. Como se ha explicado en diversas ocasiones, la sociedad civil siria juega un papel clave en la recopilación de información y pruebas sobre los crímenes internacionales cometidos en el país. Muchas veces incluso las propias víctimas han participado en la documentación de las vulneraciones. Precisamente por esta razón, el Mecanismo debe esforzarse en establecer una fluida relación con las víctimas y la sociedad civil, no solo para acceder a sus materiales, sino también para conocer y comprender mejor la diversidad de las víctimas, con todos los matices religiosos, de género, étnicos, culturales y de cualquier otro tipo. Únicamente con la incorporación de un enfoque centrado en las víctimas el Mecanismo podrá contribuir de manera eficaz a que el proceso de rendición de cuentas sea verdaderamente exhaustivo.

En cuarto lugar, el Mecanismo se enfrenta al desafío de la gestión y tratamiento de un inmenso volumen de datos e información. Las palabras de la Jefa del Mecanismo, la Sra. Catherine Marchi-Uhiel, en abril de 2019, dan una idea clara de la importancia del problema: "[T]here is probably more video footage than an individual could watch in a lifetime" (Naciones Unidas, 2019). Ciertamente, en el informe del Secretario General, de 19 de enero de 2017, se identificó como reto para el Mecanismo el hecho de "transformar la abundante documentación y otros materiales actuales y futuros en un recurso probatorio que sirva para fundamentar causas penales", pero, al mismo tiempo, se

anticipaba que en ese momento no se conocía la cantidad ni los tipos de datos que deberían procesarse (A/71/755, párs.35-36). Desde el inicio de sus actividades, el Mecanismo ha ido ampliando la cantidad de pruebas recopiladas, que incluyen, como se ha visto en la sección anterior, documentos, fotografías, vídeos, imágenes de satélite, declaraciones de víctimas y testigos y material de código abierto. En agosto de 2019, la cantidad de información y pruebas en poder del Mecanismo ascendía a más de 24 terabytes (A/74/313, pár.13). Sin embargo, estas cifras pueden inducir a error ya que el espacio que ocupan en la memoria de almacenamiento no es directamente proporcional al volumen de la información recopilada. Por ejemplo, un terabyte de documentos digitalizados puede consistir en varios millones de páginas, mientras que un terabyte de un vídeo de alta definición puede consistir solo en unos pocos cientos de horas (A/74/313, pár.13). Más aún, el volumen de los datos no necesariamente se relaciona con la calidad, el valor y la utilidad de la información. El Mecanismo, en su informe de febrero de 2019, lo explicaba de la siguiente manera:

> Aunque el aumento del volumen de los archivos sirve como indicador del progreso, las cifras por sí solas no alcanzan para explicar la importancia de la recopilación de pruebas. Un solo dato podría servir para descubrir múltiples fuentes de pruebas y vías de investigación adicionales que desempeñen un papel crucial en la preparación de expedientes. Otras pruebas pueden ser reducidas en volumen, pero tener un valor especialmente elevado por demostrar la vinculación entre presuntos delitos y personas concretas. Por ejemplo, las declaraciones de testigos internos contribuyen a recrear las estructuras de poder y proporcionan información sobre las operaciones internas de una entidad, la participación de sus miembros en la planificación o comisión de delitos y otras conductas que puedan entrañar su responsabilidad penal individual. (A/73/741, pár.10)

Los avances del Mecanismo en la gestión y el tratamiento del enorme volumen de información han sido satisfactorios, a pesar de todas las dificultades técnicas y de la inaudita situación sanitaria a nivel mundial. Por ejemplo, ha introducido innovaciones en su software para aumentar la capacidad de revisión de archivos de audio y vídeo; ha elaborado nuevos algoritmos que facilitan el reconocimiento de símbolos, caracteres arábigos y objetos en pruebas multimedia; o bien el perfeccionamiento de sistemas para la detección de vídeos duplicados (A/75/311, párs.17-19).

En quinto lugar, la financiación es tal vez uno de los mayores retos del Mecanismo puesto que de ella dependen el mantenimiento de sus actividades y su propia supervivencia. Inicialmente, se decidió que la financiación del Mecanismo corriera a cargo de las contribuciones voluntarias de los Estados. Sin embargo, la Asamblea General, en el párrafo 8 de la Resolución 71/248, acordó la revisión de esta cuestión. WENAWESER y COCKAYNE (2017, p.229) señalan que las contribuciones voluntarias podrían haber afectado la percepción sobre la imparcialidad e independencia del Mecanismo y podrían haber empujado a ciertos Estados, particularmente de Latinoamérica y el Caribe, a abstenerse de apoyar la creación del mismo. La dependencia de las contribuciones voluntarias ligaba la supervivencia del Mecanismo a los vaivenes de la voluntad política de los Estados contribuyentes puesto que, en cualquier momento, podían cortar su financiación o reducirla hasta ahogar económicamente al Mecanismo. Las necesidades presupuestarias del Mecanismo han ido aumentando progresivamente. Su puesta en marcha en 2017 costó entre 4 y 6 millones de dólares (A/71/755, pár.46**)**, pero un año después, en 2018, el presupuesto estimado se incrementó hasta los 14 millones de dólares. Pronto se comprendió que para asegurar la supervivencia del Mecanismo y, en consecuencia, la rendición de cuentas en Siria, debía traspasarse la financiación al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas. Por esta razón, en 2018, la Asamblea General exhortó al Secretario General para que incluyera el Mecanismo en su próxima propuesta presupuestaria (A/72/764, pár.66-68). Sin embargo, en 2019, el Mecanismo siguió financiándose con contribuciones voluntarias –que apenas cubrían todos los gastos– a la espera de que se ultimara el presupuesto de Naciones Unidas para el año 2020 (A/73/741, pár.46). Por fin, la Asamblea General aprobó la solicitud de financiación con cargo al presupuesto ordinario para 2020 en el párrafo 46 de la Resolución 74/262, de 14 de enero de 2020, concediendo al Mecanismo un total de 17.806.200 dólares. Para el año 2021, la propuesta de financiación suma una cifra parecida a la del año anterior (A/75/6 (Sect. 8)). Aunque las dificultades técnicas que podían derivarse de la escasa financiación parecían desvanecerse, la llegada de la pandemia de la COVID-19 desbarató parcialmente las previsiones del Mecanismo. Según el informe A/75/311, de 13 de agosto de 2020, se habían congelado las contrataciones de personal con cargo al presupuesto ordinario, con lo que el Mecanismo había cubierto 46 de los 60 puestos asignados. Esta circunstancia ha entorpecido sensiblemente las actividades del Mecanismo ya que

ha tenido que suspender temporalmente la investigación y preparación de uno de los expedientes por esa falta de personal (A/75/311, pár.21 y pár.50)

Por último, este estudio estaría incompleto si no se hiciera una referencia a los retos que plantea la pandemia de la COVID-19. La enfermedad, que ha sacudido trágicamente el planeta desde su expansión a escala mundial a partir de marzo de 2020, también ha tenido sus efectos sobre la labor del Mecanismo, aunque su alta capacidad de adaptación le ha permitido encajar el golpe sin paralizar completamente sus actividades. El Mecanismo ha visto mermada su capacidad de recopilación de información y pruebas debido a las restricciones de viajes internacionales y otras medidas de confinamiento, puesto que han obligado a posponer las misiones sobre el terreno y las reuniones presenciales que, tal y como explica el propio ente, "son fundamentales para desarrollar y mantener las fuentes de información y realizar ciertos tipos de actividades de recopilación de datos" (A/75/311, pár.8). Sin embargo, cabe relativizar el impacto de la pandemia en sus actividades ya que, habida cuenta de la situación a escala mundial, el Mecanismo ha priorizado aquellas de recopilación, almacenamiento, análisis y procesamiento de pruebas que pueden realizarse de forma telemática (A/75/311, pár.9). Más aún, las limitaciones impuestas por la COVID-19 han posibilitado el desarrollo "nuevos flujos de trabajo, procedimientos y tecnologías para apoyar la obtención de pruebas a distancia y sistemas de transferencia de archivos cifrados de extremo a extremo, seguros y fáciles de usar entre las fuentes, el Mecanismo y las jurisdicciones a las que este presta asistencia" (A/75/311, pár.16). En lo que respecta a la preparación de expedientes, no se informa de graves alteraciones, sino más bien de una ralentización en el trabajo producida por la falta de liquidez de las Naciones Unidas, que ha coincidido en el tiempo con pandemia. A fecha de escribir estas líneas está preparándose el siguiente informe, que será presentado en febrero de 2021, y que tal vez arroje más luz sobre los efectos de la COVID-19 en las actividades del Mecanismo.

4. LAS CONTRIBUCIONES DEL MECANISMO A LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

El Mecanismo puede contribuir de forma importante a la pavimentación de nuevos caminos para la justicia internacional. Como se ha visto, la exigencia de responsabilidades penales constituye un elemento más de la estrategia de

justicia de transición en Siria, que incluye también otros procesos como la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas.

Por las características de su mandato, que se ha analizado en las secciones anteriores, el Mecanismo está en condiciones de convertirse en un archivo central y completo de pruebas de las violaciones de derechos humanos y los crímenes internacionales cometidos en Siria por todas las partes en conflicto. Esto supone un avance importante en el ámbito de la justicia internacional en dos sentidos. Por un lado, el Mecanismo se erige como un organismo que concentra una amplia gama de información y materiales que permiten una comprensión profunda del contexto delictivo y que son más fácilmente accesibles para las jurisdicciones que puedan solicitarlos. Por otro lado, el Mecanismo opera bajo rigurosos estándares del derecho penal internacional en materia de almacenamiento y conservación de pruebas, de manera que los materiales que recopila y conserva se ven dotados de una alta capacidad probatoria. Al mismo tiempo, el almacenamiento de conformidad con los estándares internacionales asegura que las pruebas puedan sobrevivir para que en un futuro, cuando las condiciones políticas mejoren, puedan ser utilizadas en procesos penales contra los responsables.

La idea de que el Mecanismo sea un archivo central y completo de información y pruebas se ha consolidado entre una amplia variedad de interlocutores del Mecanismo. Tanto los agentes nacionales de justicia como la sociedad civil perciben el Mecanismo como un organismo fiable, puesto que trabaja con el respeto a todas las garantías del derecho penal internacional y tiene un mandato oficial de Naciones Unidas (A/74/313, párs.20-21). El progreso en la construcción de ese archivo central se ha traducido en que, en la actualidad, el Mecanismo atesora más de dos millones de registros, que van siendo ampliados y mejorados, y que son objeto de solicitud por parte de las jurisdicciones nacionales en los procesos penales en curso (A/75/311, pár.3).

Otra importante contribución del Mecanismo, con un carácter más simbólico, aunque no por ello necesariamente menos eficaz, es el mensaje que la comunidad internacional lanza a los perpetradores de que los crímenes internacionales cometidos, o que se sigan cometiendo, no quedarán impunes. El hecho de que las funciones del Mecanismo engloben la recopilación, la conservación, el análisis de pruebas y la preparación de expedientes penales para que sean usados en los tribunales que tengan jurisdicción sobre los crímenes internacionales supone la supervivencia de las pruebas obtenidas por el

Mecanismo, de modo que se mantiene abierta la posibilidad de exigir responsabilidades en un futuro más o menos cercano. Esta circunstancia, ya de por sí beneficiosa, también podría infundir en los perpetradores un efecto disuasorio que los empujara a cesar en la comisión de atrocidades o bien que rebajaran la brutalidad del conflicto. WENAWESER y COCKAYNE (2017, p.229) sostienen, acertadamente, que el Mecanismo refuerza las perspectivas de rendición de cuentas para Siria, puesto que al asegurar la exigencia de responsabilidades, aunque esta se produzca en un futuro más o menos lejano, permitirá construir una paz más duradera en el país árabe. Asimismo, ambos autores apuntan también a que el Mecanismo supone la cristalización de una novedosa perspectiva en el ámbito de la justicia penal internacional en la que la Asamblea General pasaría a tener un papel muy relevante y en la que no se crean nuevas jurisdicciones sino instrumentos que asisten a las jurisdicciones ya existentes.

Hasta la fecha, los resultados de la estrategia de rendición de cuentas en Siria han sido fragmentarios. El bloqueo para remitir la situación de Siria a la Corte Penal Internacional depositó en las jurisdicciones nacionales el peso de la lucha contra la impunidad por los graves crímenes de Derecho Internacional. Precisamente, ha sido en las jurisdicciones nacionales, en particular en los Estados europeos, donde se han llevado a cabo los principales esfuerzos por enjuiciar tales crímenes. Wolfgang KALECK y Patrick KROKER (2018, pp.172-173) sugieren que ello se debe, por un lado, a que han sido los países europeos los que en las últimas décadas más han desarrollado y aplicado el principio de la jurisdicción universal; y, por otro lado, porque su proximidad al conflicto armado de Siria les ha hecho recibir en sus territorios a miles de personas que huían de las atrocidades cometidas en el país árabe.

El grueso de los casos se han construido sobre la base de la personalidad pasiva (esto es, que la víctima sea nacional del país en que se enjuicia el caso), y unos pocos sobre la base de la jurisdicción universal. La mayoría de los acusados son principalmente ex miembros de grupos armados no estatales de rango medio o bajo, pero en los últimos años se ha empezado a apuntar a altos cargos del gobierno de Bashar Al-Asad. En Alemania, por ejemplo, en abril de 2020 empezó en Coblenza un juicio contra dos altos cargos de la Dirección General de Inteligencia del gobierno de Bashar Al-Assad (ECCHR, 2020), aunque ya había enjuiciado o acusado a otros responsables de crímenes internacionales cometidos en Siria. También, países como Suecia, Francia, Noruega, Holanda,

Suiza, o en su día España, iniciaron o todavía tienen en curso procesos penales por atrocidades cometidas en el país árabe (ELLIOTT, 2017, pp-246-248). En este sentido, el Mecanismo tiene mucho que aportar a estas jurisdicciones nacionales. Con todo, y a pesar de la valiente labor de los querellantes y de algunas jurisdicciones nacionales, los progresos de la lucha contra la impunidad distan mucho de ser generalizados.

Sin embargo, una de las pruebas más contundentes del éxito del Mecanismo en la construcción de nuevas vías para la lucha contra la impunidad es que su diseño y su mandato han servido de modelo para la creación del Mecanismo de Investigación Independiente para Myanmar, establecido por el Consejo de Derechos Humanos con la Resolución 39/2, de 27 de septiembre de 2018, que está operativo desde el 30 de agosto de 2019[4]. El mandato del Mecanismo de Investigación Independiente para Myanmar consiste en:

> reunir, consolidar, preservar y analizar las pruebas de los delitos internacionales y las violaciones del derecho internacional más graves cometidos en Myanmar desde 2011, y preparar expedientes para facilitar y acelerar actuaciones penales justas e independientes, de conformidad con las normas del derecho internacional, en cortes o tribunales nacionales, regionales o internacionales que sean competentes para juzgar esos delitos, o puedan serlo en el futuro, de conformidad con el derecho internacional (A/HRC/RES/39/2, pár.22)

Como puede verse, las funciones de ambos organismos son similares, de manera que una relación de colaboración fluida será especialmente útil para mejorar en sus respectivas tareas y lograr sus objetivos.

CONCLUSIÓN

El Mecanismo es todavía un organismo con una trayectoria corta, pero que en menos de cinco años ha logrado avanzar enormemente en las funciones propias de su mandato, cimentando con ello una sólida estrategia de rendición de cuentas para Siria, y, en muchas ocasiones, superando obstáculos importantes. La dependencia económica de las contribuciones voluntarias de los Estados, los impredecibles vaivenes de la voluntad política, la creación y el mantenimiento de canales de cooperación con otros entes, el esfuerzo por incluir a las víctimas y a

[4] En la página web del Mecanismo de Investigación Independiente para Myanmar pueden consultarse la información y las resoluciones e informes pertinentes: https://iimm.un.org/ [Acceso: 30 de diciembre de 2020]

la sociedad civil en la estrategia de rendición de cuentas para Siria o los problemas derivados del enorme volumen de información son algunos de los retos que todavía se le plantean. Aunque estos desafíos de orden político y técnico no son insuperables, el Mecanismo debe seguir dando pasos para afirmar su papel como agente imprescindible para las perspectivas de justicia en Siria. Sus contribuciones, bien como archivo central de pruebas, bien como recordatorio a los perpetradores de que sus crímenes no permanecerán impunes, son pasos en esa dirección. Su modelo ya ha abierto nuevos caminos para la justicia internacional. En definitiva, la rendición de cuentas forma parte de cualquier proyecto de justicia de transición, también en la República Árabe de Siria, de manera que sin justicia no podrá haber paz, o al menos no una paz duradera. Por tanto, la lucha contra la impunidad debe ser un imperativo de la comunidad internacional y, en ese sentido, el Mecanismo tiene mucho que ofrecer.

REFERENCIAS

ACNUR: *Global Trends: Forced Displacement in 2016*. 19 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.unhcr.org/globaltrends2016/> [Acceso: 17 diciembre 2020]

ALJAZEERA: "Syria death toll: UN envoy estimates 400,000 killed". 23 de abril de 2016.

<https://www.aljazeera.com/news/2016/4/23/syria-death-toll-un-envoy-estimates-400000-killed> [Acceso: 17 diciembre 2020]

Asamblea General. Naciones Unidas. *Aplicación de la resolución por la que se establece el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 19 de enero de 2017. A/71/755.

—. *Cuestiones relativas al proyecto de presupuesto por programas para 2020*. 14 de enero de 2020. A/RES/74/262.

—. *Diario de sesiones de la Asamblea General, 66a Sesión Plenaria*. 21 de diciembre de 2016. A/71/PV.66.

—. *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 28 de febrero de 2018. A/72/764.

—. *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 3 de agosto de 2018. A/73/295.

—. *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 13 de febrero de 2019. A/73/741.

—. *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 22 de agosto 2019. A/74/313.

—. *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 13 de febrero 2020. A/74/699.

—. *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 13 de agosto 2020. A/75/311.

—. *Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*. 21 de diciembre de 2016. A/RES/71/248.

—. *Proyecto de presupuesto por programas para 2021, Parte III: Justicia y derecho internacionales, Sección 8: Asuntos jurídicos*. 15 de abril de 2020. A/75/6 (Sect. 8).

Consejo de Derechos Humanos. Naciones Unidas. *Situación de los derechos humanos de los musulmanes rohinyás y otras minorías en Myanmar*. 27 de septiembre de 2018. A/HRC/RES/39/2.

Consejo de Seguridad. Naciones Unidas. *Diario de sesiones del Consejo de Seguridad*. 22 de mayo de 2014. S.PV/7180.

ELLIOTT, Ingrid. "'A Meaningful Step towards Accountability'? A View from the Field on the United Nations International, Impartial and Independent Mechanism for Syria". *Journal of International Criminal Justice*, vol.15, nº2, 2017, pp.239-256.

EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS (ECCHR). *Human Rights Violations in Syria: Torture under Assad*.

Noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.ecchr.eu/fileadmin/Sondernewsletter_Dossiers/Dossier_Syria_2020November.pdf> [Acceso: 30 diciembre de 2020]

KALECK, Wolfgang y KROKER, Patrick. "Syrian Torture Investigations in Germany and Beyond: Breathing New Life into Universal Jurisdiction in Europe?". *Journal of International Criminal Justice*, vol.16, nº1, 2018, pp.165-191.

Naciones Unidas. "Head of International Mechanism on Syria Describes Progress Documenting Crimes Committed by Both Sides, as General Assembly Takes Up Report". 23 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2019/ga12139.doc.htm> [Acceso: 28 diciembre 2020]

WENAWESER, Christian y COCKAYNE, James. "Justice for Syria? The International, Impartial and Independent Mechanism and the Emergence of the UN General Assembly in the Realm of International Criminal Justice". *Journal of International Criminal Justice* vol.15, nº2, 2017, pp.211-230.

WHITING, Alex. "An Investigation Mechanism for Syria: The General Assembly Steps into the Breach". *Journal of International Criminal Justice*, vol.15, nº2, 2017, pp. 231-237.

CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHOS HUMANOS: reflexiones acerca del derecho humano a gozar de um medio ambiente sano y equilibrado

Karla Zambrano González
Universitat de València
Valencia, España
karla.zambrano@uv.es

Resúmen: Cuarenta y ocho años nos separan ya de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (CNUMH). Esta cumbre de la Tierra supuso el «primer intento» de reconocimiento jurídico internacional del medio ambiente en líneas generales, pero también aborda la problemática medioambiental desde su profunda imbricación con los Derechos Humanos. Entre los principios contenidos en esta Declaración, destaca la mención expresa del derecho fundamental del ser humano al «disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar». En la actualidad y pese a la introducción emergente del término «justicia climática» en el Acuerdo de París, no parece abordarse el problema medioambiental de manera coercitiva, tal vez sí más equilibrada a escala global. Asimismo, y aunque tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sientan la base jurídica de la protección del medio ambiente, la reciente propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para lograr la neutralidad climática, genera incertidumbre en cuanto al cumplimiento de los objetivos planteados se refiere. Como vemos, la crisis climática es también una crisis de derechos humanos que amenaza con la privación de los derechos más esenciales para la vida. El derecho a la salud, al agua, a la alimentación, a la vivienda y a gozar de un medio ambiente sano, forman parte de las consecuencias que está dejando el cambio climático, algo contra lo que debe luchar la comunidad internacional.

Palabras-clave: cambio climático, justicia climática, derechos humanos, Unión Europea.

Abstract: Forty-eight years now separate us from the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (UNCHR). This Earth Summit was the "first attempt" for the international legal recognition of the environment in general terms, but it also deals environmental problems from its deeply connection with Human Rights. Among the principles contained in this Declaration, the express mention of the fundamental right of the human being to "enjoy adequate living conditions in an environment of quality that allows a

suitable life and well-being" stands out. Currently, and despite the emerging introduction of the term "climate justice" in the Paris Agreement, the environmental problem does not seem to be addressed in a coercive manner, perhaps more balanced on a global scale. Likewise, and although both the Treaty on the Functioning of the European Union and the Charter of Fundamental Rights of the European Union provide the legal basis for environmental protection, the recent proposal for a regulation of the European Parliament and the Council to achieve climate neutrality creates uncertainty as to whether the objectives set are being met. As we see, the climate crisis is also a human rights crisis that threatens to deprive people of the most essential rights for life. The right to health, to water, to food, to housing and a to enjoy a healthy environment are part of the consequences of climate change, something that the international community must fight against to.

Key-Words: climate change, climate justice, human rights, European Union

INTRODUCCIÓN

El cambio climático y la salvaguarda de los Derechos Humanos son, innegablemente, dos cuestiones globales a las que el Derecho internacional debe dar respuesta. Aunque la imbricación de ambos asuntos ha sido puesta de manifiesto en varias ocasiones, a nivel europeo, no existe el derecho a un medio ambiente saludable como tal, motivo por el que, en particular, la protección del medio ambiente se realiza desde la «ecologización» de determinados derechos fundamentales.

El objetivo del presente trabajo se centra en realizar un somero estudio del medio ambiente sano como un derecho humano, para lo que es estrictamente necesario hacer una contextualización de la situación climática actual, así como realizar tanto un breve análisis de las fuentes formales emanadas del Derecho internacional, como una referencia a la consolidada jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. La situación climática actual: de emergencia a crisis

La quema y utilización de hidrocarburos desde finales del siglo XVIII, ha sido la principal fuente de energía utilizada por la Humanidad para lograr sociedades más desarrolladas ignorando –en un primer momento– el alto coste de recursos naturales que ello supone. El uso de este tipo de energía no renovable ha

provocado graves desequilibrios en la atmósfera y a su vez, un gran impacto en todos los ecosistemas de la Tierra, pues todo tipo de alteración en ella provoca, en consecuencia, ulteriores transformaciones en el resto de sus elementos.

Nuestra atmósfera es una «masa gaseosa que gravita sobre nuestro planeta» (LEDESMA, 2011, P. 1). Es un patrimonio común, único en todo el sistema solar, compuesto esencialmente por determinados gases que permiten la habitabilidad en el planeta. Entre éstos, cabe destacar la presencia, casi íntegra, de nitrógeno y oxígeno, pero también de «oligogases como el argón, el helio y gases de efecto invernadero como el dióxido de carbono y el ozono, además de vapor de agua en cantidades muy variables, así como los aerosoles» (BENAVIDES; LEÓN, 2007, p. 8). La función principal de la atmósfera es actuar a modo de «manta protectora que forma parte del ciclo hidrológico y distribuye la energía solar» (ZAMBRANO, 2020b, p. 55), motivo por el que cualquier tipo de desequilibrio en los niveles de los gases que la componen podría ser fatal. Ésta ha sido pues, la causa principal por la que, en la actualidad, nos encontramos ante una situación de emergencia o crisis climática, debido al alto índice de concentración de niveles de dióxido de carbono, el famoso CO_2, que se ha acumulado en la atmósfera y que contribuye a la retención del calor recibido tanto por los rayos solares, como el emitido por la superficie terrestre, dando paso, al efecto invernadero intensificado, comúnmente conocido con el nombre de calentamiento global.

Pese a que «el dióxido de carbono ha existido siempre en la superficie terrestre» (LEDESMA, 2011, P. 26), sus valores no se han mantenido inalterados. De hecho, las recientes estimaciones sitúan unos valores de 410 ppm (partes por millón en volumen), lo que supone un incremento considerable respecto de las 180 a 290 ppm que debería existir de forma natural. Ello conduce a la hipótesis, con un alto grado de certeza (99%), del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (en adelante, IPCC), que señala que:

> La modificación de la concentración de los gases de efecto invernadero debida a emisiones antropógenas contribuye a un aumento de la temperatura en la superficie y en la troposfera inducido por un forzamiento radiativo instantáneo en respuesta a ese forzamiento, que gradualmente restablece el balance radiativo en la parte superior de la atmósfera (IPCC, 2013, p. 190).

Las conclusiones a las que ha llegado el IPCC constituyen los resultados de más de 30 años de investigación dedicados al estudio del sistema climático y sus alteraciones. No se trata pues, de una reflexión difusa y banal a la que restarle importancia, todo lo contrario, ya que recrea el escenario presente y futuro a los

que debe dar respuesta la ciencia jurídica. Cuando las fuentes y los sumideros de CO_2 están en equilibrio neto, las concentraciones de CO_2 varían. Sin embargo, las emisiones procedentes de la quema de combustibles fósiles y el cambio de usos del suelo han provocado un aumento desmesurado del CO_2 en la atmósfera respecto al nivel preindustrial, motivo por el que puede aseverarse que las actividades humanas son las principales contribuyentes de la elevación de los índices de CO_2.

Con todo, las emisiones de CO_2 derivadas de las actividades humanas no constituyen la única fuente de problemas que ha engendrado esta situación tan crítica, pues la Humanidad ha abusado de todos los recursos de la Tierra dando paso a una red interconectada de conflictos que tienen una incidencia directa e indirecta en el sistema climático. En este sentido, conviene destacar, el abuso de la utilización de materiales plásticos, cuyos residuos suponen un gran inconveniente debido a que su degradación requiere de grandes períodos de tiempo para concluirse con éxito. Ello se traduce en la acumulación de estos desechos que acaban en mares y océanos perjudicando, claramente, al entorno y a las especies que en él habitan.

De igual manera, es importante señalar otras situaciones como el uso exhaustivo de los suelos a consecuencia de la agricultura y ganadería intensivas; el expolio de sumideros naturales como los bosques mediante actividades de deforestación y tala indiscriminada con la consecuente pérdida de biodiversidad que ello comporta y una infinita interconexión de circunstancias que nos está precipitando a un punto de «no retorno» climático.

Así las cosas, la comunidad internacional, a lo largo de los años, ha ido adoptando numerosos textos jurídicos dirigidos a la proteger el medio ambiente en general[1] y, particularmente, a nuestro patrimonio común, la atmósfera. Sin

[1] Entre otros, destacan: el Convenio sobre la prevención de la contaminación marina por vertido de desechos y otras materias 1972; el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989; el Convenio de Ginebra sobre la prevención de la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia de 1979 y sus protocolos; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982; la Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono de 1985 y su protocolo de Montreal de 1987; la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; la Convención de Diversidad Biológica de 1992; la Convención de Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por la sequía grave o desertificación, en particular en África de 1994; el Protocolo de Kioto de 1997; el

embargo, aún queda mucho por hacer para lograr que las normas que componen el Derecho internacional del medioambiente no revistan ese carácter de *«soft law»* del que han venido gozando tradicionalmente.

La ciencia que, como acostumbra, suele llevar la delantera a los procesos de creación y elaboración de normas internacionales, ha sido determinante en lo referente al cambio climático: es urgente que se produzca una reducción drástica de los niveles de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) que las actividades humanas remiten a la atmósfera. De hecho, aún cumpliendo los objetivos de París, la capacidad de resiliencia o adaptación y la estabilidad climática será uno de los retos mayores retos a los que deberá enfrentarse la Humanidad.

Precisamente, el Parlamento Europeo, en fecha de 28 de noviembre de 2019, emitió una resolución declarando la situación de emergencia climática y medioambiental, por la que instó a la Comisión Europea y al resto de Estados miembros de la UE a adoptar las medidas urgentes y necesarias para reducir los GEI.

La llegada de la COVID-19 tampoco ha dejado un panorama económico muy halagüeño para hacer frente a la ya crisis climática y ello a pesar de la drástica reducción de niveles de GEI en todo el mundo como consecuencia de la pandemia y de las grandes mejoras en la calidad del aire durante los tiempos de confinamiento que fueron visibles en las ciudades donde se aglutina la mayor parte de concentración de niveles de contaminación atmosférica. Con todo, esta reducción de GEI todavía no deja datos concluyentes sobre su impacto. Sin embargo, desde el Centro de Vigilancia de la Atmósfera Global (VAG) de la Organización Meteorológica Mundial (OMM), aclama la observancia de «un cambio sin precedentes, transitorio y complejo en las emisiones antropogénicas en la mayor parte del mundo» (VERMEULEN, 2020, p. 27).

Por ello, es indispensable «el diseño de una política inteligente que convierta la reducción de emisiones (de GEI) relacionadas con la pandemia en una acción climática firme» (SHAN., 2020, p. 1). Cabe preguntarse pues, ¿qué características debería revestir el conjunto de estrategias adoptadas a nivel internacional para que la acción climática y la transición energética sea eficaz? Si bien la creación de políticas mixtas en las que convergen distintas áreas de

Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología de 2000; el Acuerdo de París de 2015

conocimiento, como bien pueda ser el caso de las políticas medioambientales, es un proceso realmente complejo, existe cierta determinación en lo referente a las características comunes que deben reunir. A saber, consistencia, coherencia, perspectiva de estado de los procesos y las herramientas para alcanzar los objetivos propuestos (ROGGE, 2016, p. 1622). A todo ello, particularmente, considero que toda estrategia a corto, medio o largo plazo que sea diseñada con el ánimo de alcanzar la neutralidad climática deberá ser planificada con miras al respeto y salvaguarda de los derechos humanos.

2. La interrelación entre el cambio climático y los Derechos Humanos

Como bien apunta la Prof. Castillo Daudí, «los derechos humanos son derechos inmanentes, inherentes a todos los seres humanos e inseparables de su dignidad» (CASTILLO, 2011, p. 203). Son derechos personales «de mínimos» arraigados a la protección de los elementos de naturaleza básica y esencial de cualquier ser humano y su modo de vida. El surgimiento de la protección de los Derechos Humanos coincide también con el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), dando paso a la adopción de múltiples instrumentos que regulan esta rama del Derecho internacional. Décadas más tarde, apareció una creciente preocupación respecto a las cuestiones medioambientales, acrecentada por los efectos de la devastadora Guerra de Vietnam tanto en el entorno como en la salud humana. Así, en 1972, la Asamblea General (AG) de la ONU decidió convocar, a propuesta del Consejo Económico y Social[2], la primera Conferencia Internacional sobre los problemas del Medio Humano.

Entre sus principios, la pionera Conferencia de Estocolmo de 1972, contemplaba el siguiente:

> El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera son condenadas y deben ser eliminadas.

[2] Resolución 1346 (XLV), del Consejo Económico y Social, de 30 de julio de 1968.

La clara referencia al disfrute de una vida digna y de bienestar con motivo de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras podría considerarse como una profunda imbricación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos, fijando el punto de partida e interrelación de ambas áreas de conocimiento.

De hecho, los distintos informes del relator especial sobre los Derechos Humanos y el medio ambiente, dirigido al Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH), apuntan que las cuestiones medioambientales y los derechos humanos no son ajenas, mas son interdependientes, es decir, que ambas figuras mantienen una conexidad indiscutible. Por un lado, es necesario un entorno limpio y saludable para el pleno disfrute de una gama de derechos humanos que van desde el derecho a la vida hasta el acceso al agua; por otro lado, el ejercicio de los derechos humanos es básico para la protección del medio ambiente, pues «de nada sirve proteger la vida de las personas o garantizar sus derechos políticos, civiles, laborales, etc., si no pueden sobrevivir en un medio ambiente degradado» (FERNÁNDEZ, 2014, p.4).

La emergencia masiva de bienes de consumo procedentes de la industria ha gozado de grandes beneficios económicos y sociales. Sin embargo, el estudio de las materias primas utilizadas para la creación de determinados productos, ha revelado el grado de contaminación al que los seres humanos estamos expuestos, así como su incidencia en la salud. En este sentido, la existencia de varios tipos de contaminantes orgánicos persistentes, definidos como «productos químicos y minerales que no se degradan fácilmente una vez producidos y pueden persistir años en la tierra, en el agua, en el aire y en el cuerpo de animales y seres humanos» (VALLS-LLOBET, 2018, p. 48). No sólo hablamos de sustancias que generan un impacto sobre los diferentes ecosistemas, sino que también proporciona daños irreversibles en humanos y animales.

Los contaminantes orgánicos persistentes, tal y como se ha indicado en el párrafo anterior, son utilizados fundamentalmente en la industria, ya que cuentan con unas propiedades estabilizadoras y a su vez, pueden ser clasificados en tres grandes subgrupos: los derivados de productos industriales; los pesticidas, fungicidas y herbicidas; y los subproductos de algunos procesos de fabricación. Entre sus características principales, además de su resistencia en la tierra y a la perpetuidad de su degradación, destaca su capacidad de desplazamiento a grandes distancias y de depósito en el tejido graso de animales y seres humanos, lo que

implica, alteraciones de sus funciones inmunológicas, cáncer, alteraciones dérmicas y de pigmentación en piel y en el vello, entre otras.

Es importante señalar que existen colectivos especialmente sensibles a la contaminación y por ello, resultan ser más vulnerables y perjudicados por estas sustancias. Es así como también se ha constatado un sesgo de género, pues «las personas que presentan una mayor contaminación interna son las obesas y las mujeres, por disponer de mayor tejido graso, y las de mayor edad, porque han acumulado los contaminantes ambientales durante años» (VALLS-LLOBET, 2018, p. 51-59).

Otro grupo de sustancias químicas que provocan alteraciones de las glándulas endocrinas y modifican la acción hormonal humana son los disruptores endocrinos. De conformidad con las investigaciones iniciadas por la OMS en 2010, son más de 300 sustancias las que confirman un impacto negativo sobre la salud humana, siendo aún muchas de ellas comercializadas en territorio de la Unión Europea (UE). La presencia geográfica de estas sustancias no es el único factor preocupante, sino también su utilización en el ámbito laboral. Por ejemplo, determinados herbicidas utilizan como compuestos el «glisofato» que se caracteriza por la defoliación de plantas y arbustos, eliminando su capacidad para generar aminoácidos. Bien, pues, al tratarse de un disruptor endocrino, su incidencia sobre aquellas personas que trabajan en el sector agrícola es absolutamente directa, motivo por el que se ha comparado esta sustancia con otra dioxina que, en el pasado dio mucho que hablar, el tetraclorobidenzo-p-dioxina, comúnmente conocido como Agente Naranja.

En este sentido, entre los objetivos del Convenio de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 31 de mayo de 2006, señala que todo Miembro del Convenio «deberá promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores».

Entre los Estados que han ratificado el Convenio se encuentra, como no, España. Su entrada en vigor data desde el 05 de mayo de 2009, pasando a formar parte directamente en el ordenamiento jurídico español de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española (CE). Resulta curioso que, según datos de Greenpeace, en España hay más de 100 productos autorizados para

agricultura, silvicultura, jardinería y aplicación doméstica que contienen glifosato. Ello implica no solamente el incumplimiento de uno de los objetivos del Convenio, sino una exposición deliberada de la población trabajadora –o no– al mantener la presencia de tóxicos medioambientales como el glisofato para el uso en sectores como la agricultura. Recordemos que de continuar utilizando productos con este tipo de disruptores, el trabajador que los utiliza está directamente expuesto, pero también lo están los cultivos regados con esta sustancia, además de producirse lixiviados en los suelos por el efecto de las lluvias y, en consecuencia, la población que consume estos cultivos.

El funcionamiento de los disruptores se basa en la comunicación de las glándulas por medio de hormonas que se transportan en la sangre, posibilitando la alteración de la capacidad reproductora. Asimismo, este tipo de tóxicos pueden producir deformaciones en los órganos reproductores o cáncer de diversos tipos. Como bien he mencionado, la generación de bienes de consumo en masa y el fácil acceso a los mismos, sobre todo en sociedades más desarrolladas, ha permitido que, muchos productos presentes en los mercados sean consumidos con cierta habitualidad sin apenas tenerse en cuenta los materiales con los que fueron fabricados. Son varios los ejemplos de productos, incluso de consumo básico, los que contienen estas sustancias, por ejemplo, cosméticos, juguetes, champús, conservantes, piezas de plástico, insecticidas, entre otros.

Otro dato a destacar es la supervivencia de contaminantes ambientales en el cuerpo humano pudiendo, incluso, ser transmitidas con carácter generacional, socavando los derechos a la vida y a la salud de las generaciones presentes y futuras. Por poner un ejemplo histórico, la administración del famoso «dietilestibestrol» en 1940, en tanto se trataba de un estrógeno sintético no esteroide para prevenir abortos, fue desaconsejado 30 años más tarde como resultado de la observancia de que las hijas nacidas de las mujeres a quienes les había sido pautado este disruptor, presentaban casos de cáncer vaginal raro, efectos reproductivos adversos y aumento de cáncer tanto en hijos como en hijas, incluso en nietas y nietos. (VALLS-LLOBET, 2018, p. 106). Como vemos, nuestro modo de consumir y producir tiene un gran impacto en nuestra salud y en la salud del resto de especies y ecosistemas.

Con todo, y a pesar de que el reconocimiento del medio ambiente sano y equilibrado como un derecho humano no parece haberse cristalizado sobradamente en la comunidad internacional ni en la Unión Europea, este derecho encuentra su origen en la tercera generación de derechos humanos y su

instrumentalización en determinados textos internacionales, habitualmente adoptados tras la celebración de conferencias internacionales. Así, destacan, como ya se ha citado anteriormente, la precursora Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Humano, cuando hace especial alusión al medio como algo esencial para el bienestar humano y para el goce de los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma, el Informe de la Comisión de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo "Nuestro futuro común" más conocido como informe *Brundltland*, la Declaración de Río de 1992 que, además, desarrolló una serie de derechos de acción ambiental.

Tampoco es posible ignorar que, ya desde el artículo 1 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), se entiende por «efectos adversos del cambio climático» aquellos efectos nocivos significativos, (…), en la salud o el bienestar humano ni que su objetivo último, preceptuado en el artículo 2, sea la «estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático» con el motivo de «asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible»; ni tampoco es posible obviar que entre sus compromisos, el artículo 4.f) indica textualmente que todas las Partes deberán:

> Tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para mitigar el cambio climático o adaptarse a él.

Otra de las referencias que apuntan a la conexidad entre la regulación del cambio climático y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es, claramente, la legitimación de los derechos de las generaciones presentes y futuras que se perpetúa desde la Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (DNUMH) hasta el reciente Acuerdo de París adoptado en 2015 que, pone de manifiesto las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente y los derechos humanos, tales como el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, las mujeres, los niños y niñas.

Por su parte, merece especial reconocimiento el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), por cuanto establece que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)». El precepto contempla la protección personal de la salud y el bienestar, a la vez que la alimentación para los individuos y es un derecho además extensible a sus familiares, por ende, a su descendencia, relacionándose así con el derecho que asiste a las generaciones venideras.

Además, el artículo 12.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), contempla que "los Estados Partes (…) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Pensemos pues, que de no producirse un cambio en las condiciones climáticas resultará imposible que los Estados Parte den cumplimiento a lo dispuesto en el precepto. De hecho, a mi juicio, por mantener el empeño en conservar los patrones de consumo actuales, la insostenibilidad de la industria y los niveles de contaminación atmosférica, sin contemplar los perjuicios que se despliegan sobre la salud humana, los Estados Parte en el PIDESC ya están incumpliendo con lo preceptuado.

En lo concerniente a la seguridad alimentaria, bien es cierto que la variabilidad climática compromete la alimentación en determinadas regiones del mundo, bien por padecer éstas, sequías extremas o en contraposición, lluvias e inundaciones desmesuradas. Esta inquietud, lógicamente, ha pasado a formar parte del Acuerdo de París y ya en su preámbulo pone de manifiesto como prioridad fundamental «salvaguardar la seguridad alimentaria y acabar con el hambre, y la particular vulnerabilidad de los sistemas de producción de alimentos a los efectos adversos del cambio climático».

Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2.1.b), el Acuerdo de París tiene por objeto «aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de un modo que no comprometa la producción de alimentos» como una de las respuestas ante el cambio climático. Este precepto no puede sino ser analizado con un doble rasero. Por una parte, contempla una reducción de los GEI; por otro lado, la estrategia propuesta no es de mitigación, sino de adaptación o resiliencia.

Como vemos, la interrelación entre la protección medioambiental y el DIDH es inequívoca. Son varios

los derechos humanos amenazados y vulnerados: el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y el saneamiento, a un medio ambiente saludable, a un nivel de vida adecuado, a la vivienda, a la propiedad, a la libre determinación, el desarrollo y la cultura. Debido a la extensión y profundización que merece el estudio de todo ello, dedicaré el próximo subapartado a hacer una referencia sobre los efectos del cambio climático en la salud humana, centrándome específicamente en la contaminación atmosférica.

2.1. Los efectos de la contaminación atmosférica derivada del cambio climático en la salud humana

Como se ha adelantado convenientemente en los párrafos precedentes, la variabilidad del clima es una cuestión innegable. En este sentido, el cambio climático despliega una serie de consecuencias que afectan directamente a la salud humana, ya que compromete el bienestar y el derecho humano a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado.

En determinadas regiones del mundo, las olas de calor se tornan cada vez más intensas, se producen incendios forestales con mucha frecuencia, inundaciones repentinas, sin olvidarnos, de los desastres naturales de efectos más inmediatos como los huracanes, tornados, tsunamis y la aparición de enfermedades transmitidos por fenómenos como la contaminación atmosférica, de las aguas, así como la falta de seguridad alimentaria.

Por este motivo, entre los objetivos del Acuerdo de París adoptado en diciembre de 2015, se acordó limitar el nivel de emisiones globales de GEI en un valor muy por debajo de los 2ºC con respecto de los niveles preindustriales, para evitar un calentamiento global mayor aún que el del último quinquenio registrado. Sin embargo, la degradación medioambiental provocada por el cambio climático continúa perpetrándose, teniendo graves consecuencias sobre la salud humana. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud ha determinado que el 23% de las muertes están relacionadas con el medio ambiente, provocando patologías humanas que abarcan desde accidentes cardiovasculares, cáncer, enfermedades respiratorias crónicas e incluso afecciones neonatales.

Asimismo, según datos arrojados por la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA), «la contaminación atmosférica es la mayor causa de muertes prematuras y de enfermedades y el mayor riesgo medioambiental para la salud en Europa» (EEA, 2020, p. 10). De hecho, el número de muertes prematuras atribuibles a este tipo de polución en Europa (sin contar con Turquía) ronda la cifra aproximada de 400.000 personas por año.

Las graves consecuencias para la salud humana derivadas de la contaminación atmosférica pueden resumirse en: enfermedades respiratorias, cardiovasculares, obesidad, diabetes problemas de desarrollo intrauterino, alteración cognitiva durante el desarrollo infantil (sobre el que dedicaremos un apartado específico) y cáncer de pulmón.

En lo referente a las afecciones respiratorias, por tratarse de las más frecuentes, éstas responden a la penetración de determinadas partículas en los pulmones de las personas. Estas partículas se clasifican, por un lado, en partículas grandes (PM_{10}) con un diámetro máximo de 10 μm (micras) como pueden ser, por ejemplo, las provenientes del polen, el moho, el polvo y la suciedad; por otro lado, se encuentran las partículas pequeñas ($PM_{2,5}$) cuyo diámetro máximo es inferior a 2,5 μm como, las que proceden de la combustión, incineración, compuestos orgánicos y ciertos metales.

Por este motivo, cuando las PM_{10} consiguen ingresar en los pulmones y pasar al torrente sanguíneo pueden causar cardiopatías, cáncer de pulmón, asma e infecciones agudas de las vías respiratorias inferiores. Más preocupante es la introducción de las $PM_{2,5}$, ya que, por sus dimensiones, consiguen arraigarse con mayor facilidad en el aparato respiratorio (VALLS-LLOBET, 2018, p. 158).

Como bien es sabido, es en las zonas urbanas donde se han registrado los mayores índices de nivel de contaminación atmosférica, debido en gran medida a la combustión proveniente del sector del transporte y la industria. Si bien, es en las zonas rurales tanto de países desarrollados como aquellos menos desarrollados, donde la combustión de leña y del carbón genera grandes perjuicios tanto para el entorno como para la salud humana.

Ahora bien, es conveniente hacer también una referencia a los efectos de la contaminación atmosférica en la salud de los fetos, los bebés y los niños y niñas. Estos colectivos tienen una mayor vulnerabilidad a la polución por varios motivos. En primer lugar, porque, aunque crecimiento y desarrollo son circunstancias que van de la mano, no significan lo mismo. En este sentido, el desarrollo además

implica la acción celular de los tejidos en tipos especializados. Sin embargo, el crecimiento sólo implica el aumento de tamaño del cuerpo, es decir un aumento de células de un tejido concreto. Dado que la mayoría de los órganos se forman durante el primer trimestre de gestación, cualquier tipo de tóxico ambiental podrá llegar al feto a través del torrente sanguíneo materno canalizado por la placenta y en el caso de los menores, por exposición directa y falta de madurez en el desarrollo de sus órganos (RCP, 2016, p. 39).

Asimismo, estudios del Royal College of Physicians determinan que:

> El árbol bronquial (conductos de aire en los pulmones) está completamente formado a las 16 semanas de embarazo. Los sacos de aire (alvéolos) comienzan a desarrollarse a las 28 semanas de gestación y aproximadamente la mitad del número final de alvéolos de un adulto están presentes al nacer (40 semanas). La mayoría de los alvéolos restantes se desarrollan hacia los 2 años de edad, pero es probable que sigan desarrollándose durante la adolescencia hasta que el crecimiento corporal cese.
>
> El punto máximo de la función pulmonar no se alcanza hasta principios o mediados de los mediados de la década de los veinte, lo que hace que el pulmón sea vulnerable durante muchos años, pero quizá mantenga una capacidad de recuperar parte de la función perdida» (RCP, 2016, p. 36).

Los bebés se sitúan como otro de los grupos más vulnerables como consecuencia de esa falta de desarrollo, ya que, carecen de un sistema inmunitario que les permita responder a los ataques externos de los tóxicos ambientales viéndose expuestos a su injerencia. Aún cuentan con una mayor protección que la de los fetos y embriones, pues cuentan con los anticuerpos proporcionados por la madre gestante, lo que les dota de cierta ventaja. Sin embargo, el transporte de los bebés, en coches adaptados les aproxima a las emisiones despedidas por vehículos motorizados y, evidentemente, les aboca a la inhalación de humos.

A lo largo de los años, ha quedado suficientemente probado que la exposición de los fetos, bebés y niños y niñas, a la contaminación atmosférica puede producir daños definitivos e incluso aumentar el riesgo de muerte por infecciones pulmonares. Asimismo, puede producir efectos nocivos en el crecimiento, la inteligencia y el desarrollo neurológico, pero no ha sido sino hasta hace escasos meses, cuando ha tenido lugar una decisión judicial que ha sorprendido al mundo. Se trata de una sentencia histórica y pionera que demuestra los efectos devastadores de la contaminación atmosférica y la necesidad urgente de limpiar el aire que respiramos. Los hechos probados son los que se indican a continuación.

Ella Adoo Kissi-Debrah padecía un asma grave e hipersecretora que le provocaba episodios de parada respiratoria y cardíaca y que requería frecuentes ingresos hospitalarios de urgencia. El 15 de febrero de 2013 tuvo un nuevo episodio asmático en su domicilio y fue trasladada al Hospital Universitario de Lewisham, donde sufrió una parada cardíaca de la que no pudo ser reanimada.

La contaminación atmosférica fue un factor importante que contribuyó tanto a la inducción como a las exacerbaciones de su asma. Durante el transcurso de su enfermedad, entre 2010 y 2013, estuvo expuesta a niveles de dióxido de nitrógeno (NO_2) y partículas que superaban las directrices de la OMS. La principal fuente de exposición fueron las emisiones de los vehículos a motor, dados la frecuencia de la circulación. Durante este periodo se reconoció que no se redujo el nivel de NO_2 a los límites establecidos por la UE y la legislación nacional, lo que posiblemente contribuyó a su muerte.

Los altos niveles de contaminación sumados a la falta de educación e información ambiental sobre los riesgos para la salud de la contaminación atmosférica y su potencial para agravar el asma, fueron determinantes para que la menor, finalmente, pereciera.

La sentencia, procedente de un tribunal de Reino Unido, dictaminó que la polución contribuyó materialmente a la muerte de Ella y culmina la lucha de una madre que perdió a su hija como consecuencia de los altos niveles de dióxido nitroso existentes durante el camino que tomaba la menor cada día para ir al colegio. Como es evidente, ha sentado un precedente en la jurisprudencia británica e internacional.

A la vista de que dentro del derecho doméstico van surgiendo, cada vez más, nuevas decisiones judiciales en consonancia con la protección medioambiental en relación con el impacto que tiene la degradación medioambiental en la salud de las personas, motivo por el que cabe cuestionarse, si ¿acaso el papel del derecho interno será más efectivo que los propios acuerdos internacionales adoptados en la materia? Esta cuestión únicamente podrá ser respondida con el devenir del tiempo, espero, cercano.

3. La «ecologización» de los derechos fundamentales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: breves reflexiones en torno a las cuestiones de inadmisibilidad del art. 35 CEDH

A nivel regional, el derecho a disfrutar de un entorno sano, ha sido expresamente recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador); en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 27 de junio de 1981; y en el Protocolo a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer de 11 de junio de 2003. Sin embargo, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la Carta Social Europea (CSE), nada aportan al reconocimiento expreso del derecho a disfrutar de un entorno general satisfactorio.

A pesar de ello, la jurisprudencia emanada del TEDH ha buscado proporcionar una protección indirecta al medio ambiente a través de una «ecologización» de los derechos fundamentales que ya se contemplan en la normativa europea, dotándolos de sentido medioambiental. No en vano, problemas como la contaminación atmosférica, la exposición a sustancias nocivas y los efectos del cambio climático en general, suponen una de las mayores amenazas para los europeos, cuyos efectos sobre la salud humana dejan a su paso vastas secuelas, enfermedades cardiovasculares, pulmonares e incluso la propia muerte, como hemos visto anteriormente.

La protección europea del medio ambiente se incardina a derechos tan fundamentales como el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la protección a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), el derecho a un proceso equitativo sin dilaciones indebidas (artículo 6 CEDH), entre otros. En lo concerniente a la vulneración del derecho a la vida, su admisibilidad ha sido bastante restrictiva y alegada fundamentalmente «cuando ha existido un resultado de muerte» (FERNÁNDEZ, 2015, p. 184). En este sentido, destacan el asunto *Brincat y otros c. Malta,* de 24 de julio de 2014, siendo los demandantes empleados de la empresa maltesa Malta Drydocks Corporation (MDC), una empresa estatal, donde alegaban haber estado expuestos de forma constante e intensiva al amianto y como consecuencia de dicha exposición, se había vulnerado los artículos 2 y 8 del CEDH. Uno de los trabajadores trágicamente falleció como causa de la exposición. Tras someter a examen la atención científica y jurídica prestada a los efectos del amianto sobre la salud a partir de la década de 1930, el Tribunal concluyó que el Gobierno

maltés conocía o debería haber conocido los peligros al menos desde principios de la década de 1970. Consideró que esperar 15 años, hasta mediados de la década de 1980, para adoptar una legislación específica para abordar el problema "difícilmente puede considerarse una respuesta adecuada en términos de cumplimiento de las obligaciones positivas de un Estado". Además, afirmó que desde mediados de los años 80 hasta principios de los 2000, cuando los demandantes abandonaron la MDC, "la legislación era deficiente en la medida en que no regulaba adecuadamente el funcionamiento de las actividades relacionadas con el amianto ni preveía ninguna medida práctica para garantizar la protección efectiva de los empleados cuyas vidas podían estar en peligro".

Dentro de la jurisprudencia emanada del TEDH, son muchas las referencias de dimensiones ambientales en consonancia con la protección a la vida privada y familiar, a saber, el asunto de *Guerra y otros c. Italia*, de 9 de febrero de 1998, donde el TEDH afirmó la existencia de un vínculo directo e inminente entre la contaminación emanada de sectores industriales (en este caso de una fábrica de fertilizantes cercana al domicilio de los demandantes) y el derecho al disfrute a la vida privada y familiar.

Otro asunto que merece atención es el caso *Hardy y Maile c. Reino Unido,* de 14 de febrero de 2012, por el que se sometió a decisión del TEDH la construcción y funcionamiento de dos terminales de gas natural líquido en el puerto de Milford Haven. Ante tal situación de inminente peligrosidad, el TEDH tuvo a bien aplicar el principio precautorio ambiental, bajo la protección otorgada por el artículo 8 CEDH.

En materia de contaminación acústica, vinculadas nuevamente al artículo 8 CEDH, destacan el asunto *Moreno Gómez c. España,* de 19 de noviembre de 2004, por la existencia de ruidos procedentes de bares y discotecas de una zona de entretenimiento nocturno de la ciudad de Valencia. En este asunto el TEDH falló a favor de la demandante al considerar que el nivel de ruido era insoportable, motivo por el que la actora tuvo que hacer frente a los gastos de doble acristalamiento de las ventanas. Otro asunto también vinculado a la contaminación acústica es el caso *Martínez Martínez c. España,* de 18 de octubre de 2011, de similares características al anterior. En este asunto, se condenó la acción omisiva de las administraciones públicas del Estado español, en tanto no obró con suficiente diligencia para proporcionar la protección exigida por la parte actora.

Otra referencia que merece una consideración, es la sentencia del TEDH de 22 de noviembre de 2011, en el asunto *Zammit Maempel c. Malta*. Los demandantes denunciaron, en virtud de los artículos 8 y 6 del Convenio que sus derechos se veían vulnerados por las autorizaciones concedidas para el lanzamiento de pirotecnia en las cercanías, para dos fiestas del pueblo al año, sin que tuvieran la oportunidad de pronunciarse al respecto, y por el hecho de que la zona no había sido declarada zona restringida tras el dictamen de un grupo de expertos. En consecuencia, alegaban una interferencia desproporcionada en su derecho al respeto de su vida privada y de su domicilio. El Alto Tribunal falló en favor del demandante por cuanto fue probado el menoscabo alegado a pesar de las cuestiones de admisibilidad planteada por Malta.

Ciertamente, los requisitos de admisibilidad de las demandas de conformidad con el artículo 35 del CEDH acaban frustrando prematuramente las pretensiones de la parte actora, como ha sido el caso de la demanda interpuesta por Çiçek y otros c. Turquía, por la que se sometía a decisión del TEDH, el cierre de una fábrica de cal situada en las proximidades de la localidad de Orhangazi a tan sólo 500 metros de los domicilios de los demandantes (980 metros según la parte demandada).

La parte actora alegaba en su petición que las emisiones emanadas de la fábrica de cal estaban alterando los niveles de pureza en el aire respirado causando, consecuentemente, contaminación del aire. Asimismo, la actora mantenía que la fábrica no contaba con las licencias necesarias para su funcionamiento, ni tampoco había cumplido con la pertinente evaluación del impacto ambiental para su instalación. Concluidas las instancias del derecho interno turco, y tras el traslado de la fábrica a 11 kilómetros de su ubicación originaria, fue decisión del TEDH, declarar la inadmisibilidad de la petición, destacando los siguientes extremos de su decisión de inadmisibilidad:

> 22. El artículo 8 no se aplica cada vez que se produce una contaminación ambiental. No existe un derecho explícito en el Convenio a un entorno limpio y saludable, pero cuando una persona se ve directa y gravemente afectada por el ruido u otro tipo de contaminación, puede plantearse una cuestión en virtud del artículo 8 (véase Hatton y otros contra el Reino Unido [GC], no. 36022/97, § 96, CEDH 2003-VIII; Kyrtatos c. Grecia, no. 41666/98, § 52, ECHR 2003-VI; y Fadeyeva v. Russia, no. 55723/00, § 68, ECHR 2005-IV). Además, los efectos adversos de la contaminación ambiental deben alcanzar un determinado nivel mínimo para que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 (véase, entre otras autoridades, López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994, § 51, Serie A nº 303-C). La

evaluación de ese mínimo es relativa y depende de todas las circunstancias del caso, como la intensidad y la duración de las molestias y sus efectos físicos o psicológicos. No cabría alegar el artículo 8 si el perjuicio denunciado fuera insignificante en comparación con los riesgos medioambientales inherentes a la vida en toda ciudad moderna (véase Fadeyeva …). Por el contrario, una contaminación ambiental grave puede afectar al bienestar de los individuos e impedirles disfrutar de sus hogares de tal manera que afecte negativamente a su vida privada y familiar, sin por ello poner en grave peligro su salud (véase López Ostra, citada anteriormente, § 51, y Tătar c. Rumanía, nº 67021/01, § 85, 27 de enero de 2009)

(…)

30. Volviendo al presente caso, el Tribunal debe determinar si la supuesta contaminación fue lo suficientemente grave como para afectar negativamente, en una medida suficiente, a la vida familiar y privada de los dos primeros demandantes y al disfrute de sus viviendas. El Tribunal señala en primer lugar que, sobre la base del material que obra en el expediente, no puede establecer el alcance de la contaminación atmosférica supuestamente causada por la Planta durante el período de tiempo pertinente. El Tribunal también observa que los demandantes no proporcionaron ninguna información específica sobre el funcionamiento de la planta, sino que se refirieron en general a los estudios científicos que se habían publicado en Internet con respecto a los efectos peligrosos del coque de petróleo, el lignito y la quema de neumáticos de desecho de automóviles en la producción de cal (véase el apartado 18 supra). El Tribunal también observa que los demandantes no proporcionaron informes de expertos médicos o medioambientales relevantes para su situación ni ninguna otra prueba de la contaminación del aire o de las molestias supuestamente causadas por el funcionamiento de la planta. Además, ninguna de las partes proporcionó al Tribunal datos fiables al respecto, como la naturaleza de las emisiones emitidas por la Planta, si superaban los niveles de seguridad establecidos por la normativa aplicable o los niveles de contaminación atmosférica en la localidad de los demandantes. Es cierto que las dudas de los demandantes sobre el funcionamiento de la Planta fueron puestas en conocimiento de las autoridades nacionales y su posterior respuesta fue considerada por el Tribunal Administrativo de Bursa como inadecuada en cuanto a los pasos y el procedimiento que debían seguirse; sin embargo, dicha conclusión se realizó estrictamente sobre la base de la legislación medioambiental nacional y no contenía ninguna valoración sobre si los demandantes se habían visto afectados por la supuesta contaminación y molestias causadas por la Planta».

Como puede apreciarse de la lectura anterior, el TEDH, ha dado razones suficientes para acordar la inadmisibilidad del *petitum*. De hecho, como el mismo Tribunal ha reconocido, el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado no encuentra cobertura en las disposiciones del CEDH si tal

vulneración de derechos no se ampara en los ya contemplados por el propio Convenio. Asimismo, la *ratio decidendi* de la inadmisibilidad encuentra su argumento en el hecho de que los demandantes aportaron escasas pruebas sobre la relación causa-efecto directa del litigio, basándose, fundamentalmente, en estudios extraídos de Internet, de dudosa fiabilidad, en referencia a los efectos peligrosos de determinados tóxicos ambientales en la salud humana. De igual manera, la ausencia de informes médicos sobre las implicaciones de la situación de la fábrica en la salud de los demandantes, así como diversas evaluaciones de la calidad del aire *in situ*, llevaron al TEDH a decantarse por una evidente causa de inadmisibilidad de conformidad con el artículo 35.3.a) del CEDH, cito a continuación:

> 3. El Tribunal declarará inadmisible cualquier solicitud individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que:
>
> a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, está manifiestamente infundada o constituye un abuso del derecho de petición individual (…)

De esta misma manera también se ha pronunciado el TEDH, en otras ocasiones. Ejemplo de ello, pueden ser el asunto *Calancea y otros c. República de Moldavia*, desprendiéndose de los hechos la autorización de la construcción de viviendas en contra de las normativa técnica y sanitaria. El TEDH determina la inadmisibilidad de la demanda por falta de fundamentación de la demanda, ya que el «el expediente del presente asunto no contiene ninguna medición de la intensidad del campo magnético que demuestre que se han superado los límites de exposición recomendados en el terreno de los demandantes». Asimismo, el Tribunal considera que:

> no se ha probado que los valores de los campos electromagnéticos generados por la línea de alta tensión hayan alcanzado un nivel que pueda afectar negativamente a la vida privada y familiar de los demandantes. Por lo tanto, considera que no se ha alcanzado el umbral mínimo de gravedad requerido para constatar una violación del artículo 8 del Convenio. Por consiguiente, no puede concluir que el Estado no adoptó medidas razonables para proteger los derechos de los demandantes en virtud de dicha disposición.

Como vemos, la acreditación de los hechos y conculcación de derechos es tremendamente importante a nivel procedimental, ya que, de no contar con ella, es imposible que tan siquiera se admita la demanda según los criterios del artículo 35 CEDH.

CONCLUSIÓN

Abordar una única reflexión final sobre la cuestión planteada es una tarea imposible, si bien, considero conveniente empezar por partes. Así, de la lectura del presente trabajo hemos podido comprobar que, indiscutiblemente, la protección del medio ambiente a través de la salvaguarda de los derechos humanos ha permitido, en algunos casos, la legitimación activa de los individuos en tanto perjudicados, sobre todo en foros regionales o supranacionales, como es la tutela del TEDH. Visto que el acceso a Tribunales Internacionales como a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) queda inoperante para instar acciones de carácter individual o, sobre todo, para responder como responsables ante cualquier injerencia medioambiental, la «última instancia», en muchas ocasiones, ha proporcionado la protección a los actores, tan negada en el Derecho doméstico.

La jurisprudencia emanada del TEDH, en tanto Tribunal con carácter permanente y jurisdicción obligatoria para sus Estados Miembros, permite que sea el último recurso y la esperanza de quienes consideran vulnerados sus derechos más fundamentales. Sus pronunciamientos siguen una línea evolutiva en consonancia no sólo con la evidencia científica sino también con la aplicación de los estándares y principios internacionales propios del Derecho internacional ambiental. Cada vez más, encontramos decisiones judiciales más fundamentadas e incluso algunas remisiones a otras entidades, como ocurrió en el asunto *Calancea y otros c. República de Moldavia*, que, a pesar de ser inadmitido por falta de fundamentación, el TEDH recurre a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud para evaluar si el campo electromagnético ha alcanzado una intensidad tal que suponga un riesgo para la salud de los demandantes.

Ciertamente, la evolución jurisprudencial es evidente pero no suficiente y ello, por varios motivos. En primer lugar, porque aborda la protección ambiental de forma indirecta, a través de la salvaguarda de los derechos que figuran en el CEDH. En muchas ocasiones, determinar este extremo es cuestión compleja y su acreditación resulta, además, costosa para el litigante. En segundo lugar, porque de reconocerse expresamente el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y limpio, surgirían serios conflictos de intereses, a la par que, incrementaría el volumen de demandas contra los Estados infractores. En tercer y último lugar, porque a pesar de que, en muchas ocasiones, la acreditación de la relación causa-efecto es difícil de probar y dado que las condiciones climáticas varían constantemente, sería interesante abrir la vía de informes de expertos que

den mayor soporte a las pretensiones de los actores, sin que, necesariamente se contravengan las disposiciones del CEDH.

El impacto del cambio climático en la salud humana es, cada día, más evidente. El cambio climático es el núcleo de una fuente inagotable y concatenada de problemas que van desde las afecciones respiratorias hasta la falta de seguridad alimentaria. El hambre y la desesperación de unas zonas contribuyen, además al incremento en la movilidad humana. En este sentido, es preciso destacar la reciente decisión del comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto *Teitiota c. Nueva Zelanda* que, sin duda alguna, sienta un precedente respecto a la protección internacional de los desplazados en el contexto del cambio climático y el medio ambiente. Recordemos que, según la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la figura del refugiado medioambiental no tiene cabida, pues delimita las causas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, pero no menciona el riesgo para su vida como consecuencia del calentamiento global. También es cierto que estos textos fueron adoptados hace más de 50 años y que hoy en día se han quedado obsoletos requiriendo de ulterior desarrollo. Pues bien, el asunto Teitiota abre las puertas al desafío que supone la regulación de los refugiados climáticos cuyo aluvión se espera en los próximos años, a pesar de que el Comité entendió que para el caso concreto no hubo una violación del derecho a la vida del Sr. Teitiota, toda vez que, en el momento de los hechos, Kiribati sí que había adoptado las medidas de protección suficiente lo que permitió su repatriación desde Nueva Zelanda. No obstante, en mi opinión esta decisión establece una serie de estándares que podrían motivarse en futuras solicitudes de asilo.

Por último, en nuestra Constitución Española (CE), el art. 45 afirma que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo como un principio rector de la política social y económica siendo los poderes públicos quienes velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida, así como defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Haciendo un alto sobre este precepto, es de vital importancia aprovechar estas líneas a hacer un llamamiento a la responsabilidad de las administraciones españolas en referencia al desastre de la localidad madrileña de Ajalvir donde se están acumulando toneladas de vidrio que no ha sido reciclado por la entidad gestora que actualmente está en fase de situación concursal, siendo que además la población está sufriendo las consecuencias de la acumulación de dichos vertidos,

muchos convertidos ya en calcín fácilmente respirable y el lixiviado en los suelos por el efecto de la lluvia y el riego, a la espera de que se produzca un reconocimiento efectivo del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y limpio.

REFERENCIAS

BENAVIDES BALLESTEROS, H. O.; LEÓN ARISTIZÁBAL, G. E. "Información técnica sobre gases de efecto invernadero y el cambio climático*"*. Bogotá: Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM, 2007.

CASTILLO-DAUDÍ, Mireya. "Derechos Humanos y protección del medio ambiente: Nuevas aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En: Bou Franch, V. & Juste Ruiz, J. (Dirs.), *El medio ambiente como objeto de tutela del Derecho Internacional.* Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2011.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. *Air quality in Europe – 2020 report.* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

FERNÁNDEZ-EGEA, Rosa. "La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales". *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 31(2015-I),* 2015.

LEDESMA-JIMENO, Manuel. *Principios de meteorología y climatología.* Madrid: Paraninfo, 2011.

PLANTON, S. [Ed.]. "Glosario". En: Stocker, T. F.; Qin, D.; Plattner, G.-K. et al., *Cambio Climático 2013. Bases físicas. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.* Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS. *Every breath we take:* the lifelong impact of air pollution. Londres: Royal college of Physicians, 2016.

SHAN, Y.; OU, J.; WANG, D. et al. "Impacts of COVID-19 and fiscal stimuli on global emissions and the Paris Agreement". *Nature Climate Change,* 2020.

VALLS-LLOBET, C. *Medio Ambiente y salud. Mujeres y hombres en un mundo de nuevos riesgos.* Madrid: Ed. Cátedra, 2018.

VERMEULEN, A.; TURNBULL, J.; PEUCH, V. H. et al. "Response of Carbon Dioxide and Air Quality to the Reduction in Emissions Due to the

COVID-19" En: World Meteorological Organization (WMO), *WMO at 70 – Responding to a Global Pandemic,* Ginebra: World Meteorological Organization, 2020.

ZAMBRANO-GONZÁLEZ, Karla. "El cambio climático. Un objetivo de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible (55-66*)"*. En: Chuvieco Salinero, E. & Bellver Capella, V. (Dirs.),. *Derechos Humanos y Justicia Climática.* Valencia: Fundación Mainel, 2020.

SEIS ALTERNATIVAS DE ACCIÓN ESTATAL ANTE LA TENSIÓN DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS

Lucas Sebastián de Erice Aranda
Universidad de La Laguna
San Cristóbal de La Laguna, España
alu0101374437@ull.edu.es

Resúmen: El sistema conocido como Régimen de Protección Internacional de las Inversiones (RPI) busca establecer un clima de estabilidad y previsibilidad jurídica que atraiga flujos de inversión extranjera. Los Tratados Bilaterales de Inversión incluyen, con dicho objetivo, cláusulas y disposiciones que se pueden convertir en una limitación clara para la capacidad regulatoria de los Estados en materia de derechos humanos. El objetivo de este artículo es analizará las principales características del RPI y exponer las tensiones existentes entre éste y los derechos humanos. Para ello se expondrá el funcionamiento de los Tratados Bilaterales de Inversión y el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, se analizarán algunas de las cláusulas más conflictivas y se explicitarán los puntos de fricción entre éstas y la capacidad regulatoria de los Estados. Para finalizar se expondrán seis alternativas de estrategias de acción gubernamental para responder a dichas tensiones.

Palabras Clave: Sistema Internacional de Protección de las Inversiones, Tratados Bilaterales de Inversión, derechos humanos

Abstract: The system known as International Investment Protection Regime (IPR) seeks to establish a climate of stability and legal predictability that attracts foreign investment flows. The Bilateral Investment Treaties include, for this purpose, clauses and provisions that can become a clear limitation for the regulatory capacity of States in matters of human rights. The objective of this article is to analyze the main characteristics of the IPR and expose the existing tensions between it and human rights. For this, the operation of the Bilateral Investment Treaties and the Investor-State Dispute Resolution System will be exposed, some of the most conflictive clauses will be analyzed and the points of friction between them and the regulatory capacity of the States will be made explicit. Finally, six alternative strategies for government action to respond to these tensions will be presented.

Key-Words: International Investment Protection Regime, Bilateral Investment Treaties, human rights,

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, asentado en una economía cada vez más interdependiente, las grandes empresas transnacionales (ETN) cobran día a día más protagonismo, llegando a competir en poder económico e influencia política con los Estados, actores primigenios de las relaciones internacionales y sujetos originarios del Derecho Internacional Público (DPI). Las grandes corporaciones diversifican de forma constante sus áreas de acción y buscan oportunidades de negocio a lo largo y ancho del planeta. Por su parte, los Estados tratan de convertirse en receptores de dichas actividades empresariales tomando medidas que aumenten su atractivo ante los inversores extranjeros. Medidas, que en determinadas circunstancias, pueden generar tensiones con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

La relación entre inversión extranjera y derechos humanos presenta diversas facetas, algunas en forma de oportunidad y otra de riesgo. Sin duda, la llegada de un proyecto empresarial de envergadura a una comunidad puede significar un grandísimo impacto para la misma, fomentando un importante desarrollo económico y social, que gestionado de forma eficiente puede devenir en una mejora de los derechos humanos. Pero pese a los beneficios de la inversión, ésta también entraña riesgos potenciales, ya que las actividades de las empresas inversoras pueden llegar a generar violaciones de derechos humanos (KRIEBAUM, 2007, p. 167). Existen actividades especialmente sensibles, como las que entablan las empresas que prestan servicios públicos determinantes para el ejercicio de los derechos humanos, como son la atención a la salud, la educación, el agua potable, la electricidad o la seguridad social (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019, p. 115). En un sentido similar, toda inversión tiene una relación directa con los derechos laborales, y muchas de las actividades empresariales en países en vías de desarrollo, en especial aquéllas de carácter extractivo, pueden entrañar riesgos potenciales para el medio ambiente (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019, p. 119). El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ha propulsado numerosos informes que destacan los potenciales riesgos de la inversión extranjera en relación con derechos humanos concretos, como por

ejemplo respecto al acceso a la justicia (UNWGBHR, 2018) o el vínculo entre inversiones, derechos humanos y la lucha anti-corrupción (UNWGBHR, 2020).

Más allá de las posibles consecuencias directas de las actividades empresariales en los derechos humanos, el llamado Régimen Internacional de Protección de las Inversiones (RIP), cuyo objetivo principal es fomentar la inversión extranjera a través de acuerdos de derecho internacional que la doten de cierta estabilidad jurídica, ha demostrado su potencial para convertirse en un riesgo en sí mismo. El RPI está conformado tanto por Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) como Tratados de Libre Comercio (TLC) que incluyen capítulos referentes a las inversiones. Estos textos han supuesto una limitación clara para la soberanía de los Estados receptores, ya que pueden afectar a su capacidad de legislar, incluso en materias relacionadas con los derechos humanos.

El Régimen de Protección de Inversiones

El RPI está compuesto por más de 3.300 tratados de inversión, 2.342 de los cuales están en vigor a fecha de la publicación de este artículo (UNCTAD, 2020), incluyendo TBI y TLC. Estos textos tienen como objetivo crear un clima propicio para la inversión, estableciendo una serie de mecanismos que otorguen estabilidad y seguridad jurídica a las inversiones. Pese a ello son diversas las voces que señalan que no se puede establecer una relación directa entre la existencia de acuerdos del RPI y aumento de las inversiones. Estos tratados pueden fomentar las inversiones reduciendo los riesgos políticos para las empresas, liberalizando los mercados y generando condiciones propicias para la inversión, en especial en aquéllos países con marcos legales menos desarrollados. Pero la importancia del RPI es contingente a otras variables. No puede sustituir políticas nacionales sólidas y marcos e instituciones regulatorias. El RPI "no puede convertir por sí solo un clima domestico de inversiones débil en uno fuerte y, al igual que otros tratados, no puede garantizar sus resultados mercantiles en forma de flujos de inversión extranjera" (UNCTAD, 2014a).

De forma habitual, estos pactos incluyen un sistema de resolución de controversias inversor-Estado, o ISDS por sus siglas en inglés[1], que permite a las ETN demandar a los Estados receptores, en base a los tratados, ante un tribunal de arbitraje internacional, en la mayoría de los casos sin necesidad de agotar los

[1] Inversor-State Dispute Settlement.

recursos internos. En el año 2020 se alcanzó la simbólica cifra de mil casos presentados ante un tribunal de arbitraje (UNCTAD, 2020b), la mayoría de ellos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial o ante tribunales establecidos mediante el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL[2]).

Esos tribunales han sido ampliamente criticados por diversos aspectos, entre los que destacan el proceso de nombramiento de los árbitros, que no tiene en cuenta los posibles conflictos de intereses; el mecanismos de resolución de los casos, no hay necesidad de seguir la jurisprudencia; o la falta de mecanismos de apelación (DOUGLAS, 2015; JACOB, 2010; KAHALE, 2018; TREHEARNE, 2018). La principal crítica al sistema ISDS es la falta de transparencia de algunas decisiones arbitrales, apreciación tan extendida que desembocó en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Naciones Unidas, 2014), también conocida como Convención de Mauricio, y firmada por veintitrés países, aunque solo ratificada por siete[3].

A los argumentos contrarios al ISDS se añaden las grandes cantidades que pueden significar los laudos arbitrales para las arcas públicas de los Estados. En el año 2012, el CIADI condenó a Ecuador a pagar 2,3 billones de dólares a la compañía estadounidense Occidental Petroleum, por incumplir el TBI Estados Unidos-Ecuador, lo que suponía en ese momento un 6,8% del presupuesto nacional (ROSERT, 2014, p.4). Recientemente, en el año 2019, también el CIADI dictaminó que Pakistán debía pagar a la empresa Tethyan 5,8 billones de dólares, un 16% de su presupuesto nacional anual (SHERWOOD, 2019). En el año 2014 se alcanzó el monto más elevado hasta la fecha: 50 billones de dólares que la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya estableció como compensación a recibir por la empresa Yukos de manos de la Federación Rusa (ROSERT, 2014, p. 4).

Los RPI son también ampliamente criticados por el propio contenido de los tratados. Pero antes de analizar éste, debe llevarse a cabo una diferenciación conceptual. Teniendo en cuenta el momento de su publicación y su contenido, los acuerdos del RPI pueden clasificarse en dos categorías: tratados de "vieja" y

[2] Por sus siglas en inglés: United Nations Comision on International TRAde Law.
[3] Australia, Bolivia, Camerún, Canada, Gambia, Mauricio y Suiza.

"nueva" generación. En la primera definición se engloban todos aquéllos pactos surgidos a partir de la década de los setenta, que buscaban dotar de seguridad jurídica a las inversiones que las ETN procedentes de países desarrollados llevaban a cabo en los países en vías de desarrollo (FÉRNÁNDEZ DE GUERMENDI, 1992). También se incluyen los numerosísimos acuerdos alcanzados en las décadas de los ochenta y noventa, de la mano de las políticas de liberalización de los mercados, la privatización de servicios públicos y la apertura a la inversión extranjera (TRAIDCRAFT, 2015). Estos textos se caracterizan por ser escuetos y contar con cláusulas muy vagas y poco desarrolladas.

A partir del año 2010, muchos de los primeros acuerdos alcanzados entre los países alcanzaron su fecha de finalización, por lo que surgió una oportunidad desconocida hasta el momento. Los Estados tuvieron la opción de analizar lo aspectos negativos y positivos de los viejos acuerdos y actuar en consecuencia, proponiendo así nuevos modelos. Los pactos que modificaron el patrón inicial, incluyendo nuevas cláusulas y apartados dieron lugar a la "nueva" generación de TBI. Como veremos, la diferencia entre ambas categorías es muy significativa.

La tensión entre el RPI y la capacidad regulatoria estatal

Los acuerdos de vieja generación establecen obligaciones dirigidas de forma casi exclusiva al Estado receptor de la inversión, sin generar obligaciones para el inversor o el Estado nacional de éste (DOLZER y SCHREUER, 2008, p.22). Dichas obligaciones se desarrollan a través de diversas cláusulas (trato justo y equitativo, nación más favorecida, regulación de la expropiación, etc.), que a causa de la interpretación de la misma por parte de los tribunales de arbitraje, se han convertido en una limitación clara del derecho (y el deber) de los Estados de regular en materia de derechos humanos.

Esta problemática ha sido abordada por Naciones Unidas, a través de la UNCITRAL y en especial a través de la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD[4]), que anualmente publica un informe sobre inversiones en los que hacen hincapié en la necesidad de modificar el clásico régimen debido a sus importantes lagunas. En el año 2018, el organismo presentó un paquete de propuestas de reformas que consideraba necesarias para cambiar el RPI,

[4] Por las siglas del nombre en inglés: United Nations Conference on Trade and Development.

defendiendo que la protección de las inversiones debe ser compatible con "salvaguardar el derecho a regular en favor del interés público de los Estados" (UNCTAD, 2018, p.7). Así mismo los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, señalan en su Principio número nueve que los Estados tienen el deber de asegurar, mediante mecanismos normativos adecuados, el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando concluyan acuerdos sobre "actividades empresariales con otros Estados o empresas", por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión (OHCHR, 2011, p. 12). En el mismo sentido, la versión comentada de dicho principios especifica que:

> Los acuerdos económicos concluidos por los Estados, ya sea con otros Estados o con empresas —tales como tratados bilaterales de inversión, acuerdos de libre comercio o contratos de proyectos de inversión— les brindan oportunidades económicas. Pero también pueden afectar al marco normativo nacional de los gobiernos. Por ejemplo, los términos estipulados en acuerdos internacionales de inversión pueden restringir la capacidad de los Estados para aplicar plenamente nuevas leyes en materia de derechos humanos, o exponerlos, en caso contrario, al riesgo de arbitrajes internacionales vinculantes. Por lo tanto, los Estados deben asegurarse de que retienen las facultades normativas y regulatorias para proteger los derechos humanos en el marco de tales acuerdos, sin dejar de ofrecer la necesaria protección a los inversores (OHCHR, 2011, p.13)

Las ETN han hecho uso de estos tratados, a través de los sistemas de arbitraje, para desafiar decisiones, políticas y medidas adoptadas en pos del interés público por parte de los Estados, como reformas para proteger el medioambiente, el acceso al agua o el derecho a la salud (UNWGBHR, 2018). Esto se debe a la tensión innegable entre el RPI y las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

La principal causa de esta posible pérdida de capacidad regulatoria es la interpretación arbitral de las escuetas cláusulas de los tratados de vieja generación. Éstas tienen como objetivo principal generar un clima de estabilidad jurídica y previsibilidad, que permita al inversor conocer de antemano, en la medida del posible, el contexto en el que va a desarrollar su inversión. Su objetivo principal es que los Estados desarrollen el menor número posible de cambios legislativos,

Una de las cláusulas más comunes es el trato justo y equitativo (TJE). De gran arraigo en el DIP, éste precepto surgió para garantizar un trato mínimo a los extranjeros (DUPUY y VIÑUALES, 2012, p.8). Establece la obligación estatal de

"ofrecer a los nacionales de otros países garantías mínimas contra la denegación de justicia, arbitrariedad y discriminación" (BOHOSLAVSKY y JUSTO, 2015, p.44). Pero este sentido originario se ha visto desvirtuado por la interpretación recibida por parte de algunos tribunales de arbitraje y en la actualidad es utilizada por las ETN para denunciar cualquier tipo de iniciativa estatal que califiquen como injusta respecto a sus intereses (JACOB, 2010, p.44), en mayor medida a partir del famoso caso TECMED, entre la empresa española Técnicas Medioambientales S.A. y los Estados Unidos Mexicanos, en base el TBI México-España. En este laudo, el Tribunal de Arbitraje del CIADI consideró que la TJE

> exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes (CIADI, 2003, p.154).

Siguiendo esta línea argumentativa, un Estado puede ver limitado de forma muy extensa su capacidad de legislar en toda materia relevante a los intereses del inversor, intereses que pueden estar vinculados de manera directa con derechos humanos.

Otra de las disposiciones con mayor potencial de limitar la capacidad regulatoria de los Estados es la cláusula de nación más favorecida (CNMF), definida por el DPI como

> la situación en la que el Estado concedente contrae la obligación con respecto a otro Estado, de tratar a éste, en condiciones que no sean peores al trato que ha estado otorgando u otorgará al tercer Estado más favorecido, en virtud de un tratado independiente o por alguna otra causa (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS, 1968).

Las ETN utilizan esta definición para invocar disposiciones de tratados entre el Estado receptor y un tercer Estado que incluyan disposiciones más favorables que el acuerdo que regula su relación (BAS VILIZZIO y MICHELINI, 2019, p.26). Uno de los ejemplos más destacados es el caso White Industries. En el año 2010, esta empresa australiana demandó a la India en base al TBI Australia-India ante el Tribunal de Arbitraje de UNCITRAL alegando un

retraso excesivo en una resolución judicial, argumentando que éste violaba las cláusulas previstas en el acuerdo de tratado justo y equitativo, expropiación y nación más favorecida (RANJAN, 2012). Pese a rechazar las alegaciones de violación de las cláusulas de TJE y expropiación, el tribunal consideró que el retraso de la sentencia sí incumplía la cláusula de nación más favorecida, ya que la India tenía la obligación de proporcionar medios efectivos para resolver las demandas legales de la empresa y hacer valer sus derechos. El TBI Australia-India no menciona esta obligación, pero sí lo hace el acuerdo Kuwait-India. El tribunal defendió que India había violado la cláusula NMF, ya que no trató a la empresa australiana como se hubiera tratado a una empresa kuwaití (WHITE INDUSTRIES ASUTRALIA LIMITED VS THE REPUBLIC OF INDIA, 2012)

Esta cláusula no limita de forma directa la capacidad regulatoria, pero abre la posibilidad de que las ETN traten de elegir y consigan la aplicación de disposiciones más favorables incluidas en cualquier acuerdo que tenga el Estado receptor con un tercer Estado. De esta forma un Estado que trate de modificar su política de protección de las inversiones, estableciendo nuevos acuerdos, puede verse en la situación de que éstos sean interpretados utilizando cláusulas de otros convenios de vieja generación (UNCTAD, 2018).

Otra de los principales riesgos de los TBI de vieja generación para la capacidad regulatoria de los Estados es la ausencia de excepciones por interés público general o por emergencia nacional. De no incluirse éstas, las ETN pueden demandar a los Estados por tomar medidas legislativas con un claro interés público que puedan tener efectos negativos para sus intereses (UNCTAD, 2018). Sirve como ejemplo la actual situación de pandemia mundial, en la que la mayoría de los Estados han tenido que tomar decisiones drásticas debido a la situación de emergencia. Medidas como la intervención de la sanidad privada en España, o la prohibición de cortar el suministro de agua en El Salvador o Bolivia, pueden convertirse en argumentos para que alguna ETN decida poner en marcha un litigo en base a un TBI (BILATERALS, 2020).

Alternativas de acción estatal

Debido a las preocupaciones respecto a los altos costes del sistema ISDS y a las importantes restricciones que el RPI puede suponer para el deber de los Estados de regular en material de derechos humanos, varios países han tomado y

están tomando medidas para revisar el modelo y buscar alternativas a la vieja generación de tratados (UNWGBHR, 2020). Las estrategias de acción por las que pueden optar son diversas, desde las más drásticas como abandonar el RPI, hasta decidir no realizar ningún cambio, pasando por algunas de carácter transformador pero sin llegar a la ruptura. A continuación se presentan seis de las posibles opciones de acción así como algunos de sus ejemplos más destacados[5]: (i) abandonar el sistema, (ii) generar acuerdos de interpretación conjunta, (iii) establecer nuevos tratados con cláusulas aclaratorias, (iv) suprimir el sistema ISDS, (v) incluir disposiciones dirigidas a las empresas inversoras y (v) no realizar cambios. La mayoría de estas opciones no son excluyentes y hay Estados que aplican aspectos de varias de ellas de forma simultánea.

a) Abandonar el sistema

La opción a priori más drástica con la que cuentan los Estados es el abandono del sistema internacional de inversiones. Los países pueden optar por rescindir de forma unilateral sus acuerdos, con las posibles consecuencias diplomáticas que esto puede acarrear. Es el caso de Sudáfrica, que dio por terminados 20 TBI en el año 2010 (CARIM, 2015) o Indonesia, que decidió finalizar 69 acuerdos en el año 2014 (BLAND y DONNAN, 2014). Ecuador y Bolivia optaron por una versión aún más drástica de esta estrategia ya que, sumado a la rescisión unilateral de todos sus acuerdos de inversión, abandonaron también el Convenio del CIADI, cerrando así la puerta a posibles nuevos tratados. Esta opción tiene el potencial de terminar con los problemas de la vieja generación, pero si no se complementa con la firma de nuevos acuerdos y se acompaña de un profundo proceso diplomático, puede generar tensiones en las relaciones con otros países y dibujar un panorama de inseguridad para futuras inversiones. Pese a lo contundente de esta decisión, y quizás en contra de lo esperado, no parece que el abandono de lo TBI haya repercutido de forma negativa en el monto de los flujos de inversión extranjera de ninguno de los cuatro países (PUBLIC CITIZEN, 2018).

[5] Todos los tratados que se citan en este apartado están disponibles en el Navegador de Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD. Disponible en: https://investmentpolicy.unctad.org/

c) Generar acuerdos de interpretación conjunta.

La alternativa más continuista es generar acuerdos de interpretación conjunta, ya que permite mantener los TBI en vigor pero genera una herramienta de consenso: establecer con los Estados contraparte interpretaciones comunes de las cláusulas más conflictivas. Es sin duda mucho más ágil que enmendar los acuerdos o sustituirlos por otros nuevos y con un coste político mucho más asumible que la decisión de abandonar unilateralmente los tratados. Este es uno de los caminos tomados por India, que a raíz del Caso White Industries decidió modificar su política de inversiones. En el año 2015 publicó un nuevo modelo de TBI y comenzó las negociaciones con los Estados contraparte. De forma paralela, y con el fin de que en el lapso de tiempo de la firma de los nuevos acuerdos no se repitieran experiencias como la del citado caso, redactó una "Declaración de Interpretación Conjunta" de los viejos tratados y comenzó las negociaciones para que el resto de países se sumaran (VALLEJO, 2018). Algunos acuerdos recientes han optado por la estrategia de crear un órgano mixto con el mandato de establecer consensos acerca de cómo se interpretarán algunas de las cláusulas, como es el caso del TLC entre la Unión Europea y Canadá, el TBI entre Marruecos y Nigeria o el acuerdo entre Chile y China, todos ellos firmados en el año 2016 (UNCTAD, 2018, p.79). De esta forma los Estados evitan comenzar largos procesos de negociación de nuevos tratados, mientras que garantizan que las cláusulas de los viejos tratados no serán interpretadas de forma extensiva o abusiva.

d) Incluir alternativas al ISDS

Las diversas tensiones originadas por los sistemas de arbitraje inversor-Estado han provocado que cada vez sean más los acuerdos que buscan alternativas. Muchos países han sustituido este sistema incluyendo varias alternativas. Recientes TBI optan por establecer comités conjuntos que resuelvan las disputas más sencillas, mecanismos de mediación para aquellas más complejas y tribunales de arbitraje internacional como última opción, pero tan sólo con modalidad de arbitraje Estado-Estado y en ningún caso inversor-Estado. Siguen este modelo acuerdos como el TBI Chile-Brasil de 2015, el acuerdo entre la Unión Europea y Kazajistán del mismo año o el convenio entre China, Hong Kong y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) del año 2017. Al optar por esta estrategia los Estados deciden resolver las posibles disputas por la vía diplomática o través del arbitraje Estado-Estado, evitando así las posibles

demandas directas ante tribunales de arbitraje que pueden llevar a cabo interpretaciones conflictivas de las cláusulas.

e) Inclusión de cláusulas aclaratorias

Una de las alternativas más extendida en los últimos tiempos es negociar nuevos tratados que sigan cumpliendo el objetivo de proteger las inversiones pero que afecten lo menos posibles a la capacidad regulatoria de los Estados. Para conseguir este punto de equilibrio, muchos países han optado por incluir disposiciones aclaratorias en los nuevos tratados, como por ejemplo cláusulas explicitando el derecho del Estado receptor a regular en materias de interés público, como es el caso del acuerdo multilateral PACER Plus[6] (2017), el acuerdo Brasil-Perú (2016) o el TBI Irán-Eslovaquia (2016). Otros tratados han incluido aclaraciones para evitar interpretaciones extensivas de las cláusulas. Como ejemplo, el reciente borrador publicado del TLC entre la Unión Europea y China establece, respecto a la cláusula de nación más favorecida, que está no podrá ser utilizada para que una de las parte opte a "sistemas de ISDS u otros medios de solución de controversias previstos en otros acuerdos internacionales" (Comisión Europea, 2021, p.8).

Siguiendo esta estrategia, los Estados garantizan que la interpretación de las cláusulas no exceda del objetivo inicial por el que se establecieron, garantizando así su capacidad regulatoria en materia de derechos humanos sin dejar de proteger las inversiones.

e) Incluir apartados dirigidos a los inversores

La opción más novedosas e interesante de cara el futuro, debido a su gran potencial en materia de protección de derechos humanos, es la inclusión de cláusulas dirigidas a las empresas inversoras. Muchos acuerdos incluyen ya disposiciones referidas algunos o diversos compromisos de transparencia (como es el caso del TLC EU-Canadá de 2016 o el TBI Israel-Japón de 2017), la

[6] Por las siglas de Pacific Agreement on Closer Economic Relations. Acuerdo entre los Estados de Australia, Islas Cook, Estados Federados de Micronesia, Kiribati, Nauru, Nueva Zelanda, Niue, Palau, Islas Marshall, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu y Vanuatu.

protección de la salud y el medioambiente (TBI Qatar-Argentina 2016, PACER Plus 2017), el respeto a los derechos laborales (TBI Canadá-Mongolia 2016, TBI Nigeria-Singapur 2016), la responsabilidad social corporativa (TBI modelo de Brasil, TBI modelo de Holanda), la corrupción (TBI Japón-Omán 2015, TBI Corea del Sur-Nueva Zelanda 2015) o incluso la lucha contra la financiación del terrorismo (Modelo de Marruecos de 2019). En la mayoría de estos acuerdos se hace referencia a la obligación de las empresas de poner todos sus esfuerzos en cumplir estándares internacionales de comportamiento como las normas de la Organización Internacional del Trabajo, los Principios de la OCDE para las empresas multinacionales), los Principios Rectores sobre las Empresas Multinacionales y los Derechos Humanos de Naciones Unidas o los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Esta alternativa parece de gran interés y deberá ser seguida con atención, ya que resulta la mejor opción, por lo menos hasta el momento, para tratar de limitar los posibles impactos negativos de la inversión extranjera en los derechos humanos. Pese a ello se le pueden dirigir varias críticas. En primer lugar el lenguaje utilizado suele ser de "compromiso de realizar el máximo esfuerzo" y no tanto de "obligación de realizar". Así mismo, la mayoría de tratados citados, excluyen las disposiciones dirigidas a las empresas de los mecanismos de resolución de controversia Estado-Estado, tanto mediación como arbitraje. De no existir esta exclusión, se podría dar el caso de que un Estado receptor de inversión llegará a demandar al Estado nacional de una empresa que incumpla sus obligaciones en materia de derechos humanos, abriendo así una puerta de interesantes posibilidades a la que la academia deberá prestar especial atención en el futuro.

Pese a estas críticas está opción, de la mano de la inclusión de disposiciones aclaratorias de las cláusulas con mayor potencial conflictivo, parece la más acertada a la hora de lograr un equilibrio entre los intereses empresariales y la protección de los derechos humanos.

a) No cambiar nada

La última opción que se presenta es la de no realizar cambios. Ante toda posible situación problemática existe la opción de no hacer nada por revertirla. Muchos Estados han optado, pese a negociar nuevos acuerdos con otros países que significaban la oportunidad de incluir nuevas cláusulas y disposiciones, por

continuar con el modelo de la vieja generación. De esta forma acuerdos recientes han optado por mantener las disposiciones presentes en los tratados de hace más de 50 años. Es el caso del TLC entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), en vigor desde el 1 de julio de 2020, que en su capítulo catorce, dedicado a la protección de las inversiones, incluye todas las cláusulas de la vieja generación, y dispone como mecanismo de solución de controversias un arbitraje inversor-Estado. México también ha seguido este modelo junto a varios países de Oriente Medio como Barherín (TBI México-Bahréin 2012). Kuwait (TBI México-Kuwait 2013) o Emiratos Árabes Unidos (TBI México-Emiratos Árabes Unidos 2016). La institución del ISDS, pese a sus conocidísimos riesgos, sigue presente en números acuerdos recientes como el TBI Camboya-Turquía (2018), el TBI Israel-Japón (2017) o en el modelo utilizado por Colombia desde el año 2011.

Los Estados que deciden optar por esta estrategia deben tomar consciencia de que perpetuar las dinámicas de la "vieja generación" de tratados pone en riesgo su capacidad regulatoria. Al no optar por el resto de alternativas están limitando, de forma clara, consciente y autoimpuesta, su capacidad de regular en materia de derechos humanos.

CONCLUSIÓN

Los TBI de vieja generación suponen un problema para la capacidad regulatoria de los Estados, incluso en materias relacionadas con los derechos humanos. Han otorgado a las ETN herramientas para litigar contra decisiones de los Estados que consideren que vayan en contra de sus intereses empresariales, incluso aunque éstas se tomen por motivos de interés público o emergencia nacional. Dichas limitaciones, junto a las preocupaciones respecto a los altos costes del sistema ISDS invitan a reflexionar sobre la necesidad de llevar a cabo reformas importantes en el sistema y emprender una revisión profunda que permita fomentar la inversión de una forma compatible con la protección de los derechos humanos. Por ello, los Estados deben aprovechar el momento actual y, negociar nuevos convenios que establezcan cláusulas menos conflictivas y mejor definidas, que incorporen obligaciones para los inversores y que abandonen el modelo de solución de controversias inversor-Estado que tantos quebraderos de cabeza ha generado. De lo contrario, los Estados que opten por la estrategia más continuista, y sigan obligándose mediante acuerdos que incluyan los mecanismos de la "vieja generación", cuya problemática es de sobra conocida, estarán

tomando la decisión, voluntaria y consciente, de limitar en gran medida su capacidad de cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

REFERENCIAS

BAS VILIZZIO, Magdalena; MICHELINI, Felipe. *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay.* Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República de Uruguay, 2019, p.26.

BLAND, Bem; DONNAN, Shawn. *Indonesia to Terminate More Than 60 Bilateral Investment Treaties*. Financial Times, 26 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.ft.com/content/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0>.

BILATERALS. *Haciendo negocio con la pandemia*. Bilaterals, Junio 2020.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; JUSTO, Juan Bautista. *Inversiones Extranjeras y Derechos Humanos: entre la permanencia y el cambio.* Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, núm 5. (3), 2015, pp.65-94. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5830174>.

CARIM, Xavier. *International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa*. Investment Policy Brief, núm. 4, South Centre, 2015, p.4.

CIADI. *Caso Ciadi No. ARB (AF)/00/2*. Tribunal de Arbitraje del CIADI, 2003.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. *A/CN.4/L.127,* 1968.

COMISIÓN EUROPEA. *EU-China Investment Negotiations.* Comsión Europea. 21 de enero de 2021. Disponible en: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159343.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos.* Organización de Estados Americanos, 2019, párrafo 115.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christopher. *Principles of International Investment Law.* Oxford: Oxford Univ. Press, 2008.

DOUGLAS, Michael. *The Importance of Transparency for Legitimising Investor-State Dispute Settlement: An Australian Perspective*. New Zealand Association of Comparative Law, Hors Serie Volume XIX, 2015.

DUPUY, Pierre Marie; VIÑUALES, Jorge. *Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress*. International Investment Law, Baden Baden: Nomos, 2012, p. 8. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2125205>.

FÉRNANDEZ DE GURMENDI, Silvia. *Los Convenios Bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras*, Relaciones Internacionales, núm. 1 (3), 1992. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/2008>.

JACOB, Marc. *International Investment Agreements and Human Rights*. Institute for Development and Peace, Universität Duisburg Essen, 2010. Disponible en: <http://www.humanrights-business.org/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf>.

KRIEBAUM, Ursula. *Privatizing Human Rights: The Interface Between International Investment Protection and Human Rights*. En REINISCH, August; KRIEBAUM, Ursula (Eds.), *The Law of International Relations: Liber Amicorum HansPeter Neuhold*, Eleven International Publishing, 2007.

MARTINEZ RANGEL, Rubí; REYES GARMENDIA, Ernesto Soto. *El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina*. Política Cultural, núm. 37, 2012, pp.35-64. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422012000100003&script=sci_abstract>.

MUCHHALA, Bhumika. *International Investment Agreements and Industrialization: Realizing the Right to Development and the Sustainable Development Goals*. Human Rights Council. Working Group on the Right to Development, 2018.

NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*. Naciones Unidas, 2014. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>.

NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?,* World Development, núm. 1 (3), 2005, p. 31-49.

OHCHR. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Office of the High Commissioner on Human Rights. Naciones Unidas. 2011. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

PUBLIC CITIZEN. *Termination of Bilateral Investment Treaties Has Not Negatively Affected Countries' Foreign Direct Investment Inflows*. Washington: Public Citizen, 2018. Washington. Disponible en: <https://www.citizen.org/wp-content/uploads/pgcw_fdi-inflows-from-bit-termination_finaldraft.pdf>.

QUMBA, Mmiselo Freedom. *South Africa's move away from international investor-state dispute: a breakthrough or bad omen for investment in the developing world?.* De Jure Law Journal, 2019, p. 359. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/337011094_South_Africa's_move_away_from_international_Investor-State_arbitration>.

RANJAN, Prabhash, *Revisiting Indias bilateral treaties.* The Financial Express, 23 de febrero de 2012. Disponible en: < www.financialexpress.com/archive/revisiting-indias-bilateral-treaties/915480/>, Acceso en: 15 nov. 2020.

ROSERT, Diana. *The stakes are high: a review of the financial costs of investment treaty arbitration*. International Institute for Sustainable Development, 2014. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costsinvestment-treaty-arbitration.pdf>.

SHERWOOD, Dave. *World Bank court orders Pakistan pay $5.8 billion damages to Tethyan.* Reuters, 13 de Julio de 2019. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-pakistan-mine-military/world-bankcourt-orders-pakistan-pay-58-billion-damages-to-tethyan-copper-idUSKCN1U80GT >.

TRAIDCRAFT. *Los acuerdos internacionales de inversión a examen*. Traidcraft, 2015. Disponible en: <https://www.ecologistasenaccion.org/wp-content/uploads/adjuntos-spip/pdf/examen-acuerdos-internacionales-inversion.pdf>.

TREHEARNE, Colin. *Transparency, Legitimacy, and Investor-State Dispute Settlement: What Can We Learn from the Streaming of Hearings?*. Kluwer Arbitration Blog, 2018.

UNCTAD. *International Investment Agreements Navigator.* United Nations Conference on Trade and Development, 2020b. Disponible en:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, Acceso en: 10 ene. 2021.

UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator.* United Nations Conference on Trade and Development, 2020c. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, Acceso en: 10 ene. 2021.

UNCTAD. *UNCTAD´s Reform Package for the international Investment Regime.* United Nations Conference on Trade and Development, 2018. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->, Acceso en: 18 dic. 2020.

UNWGBHR. *Connecting the business and human rights and the anticorruption agendas.* Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business. United Nationes, 2020. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/HRC/44/43>, Acceso en: 18 dic. 2020.

UNWGBHR. *Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice.* Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business. United Nationes, 2018. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/09/CCSI-and-UNWGBHR-International-Investment-Regime-and-Access-to-Justice-Outcome-Document-Final.pdf>, Acceso en: 15 nov. 2020.

VALLEJO, Damián. *India: ¿momento adecuado para reestructurar las inversiones extranjeras en el país?*. Diario Expansión, 31 de enero de 2018. Disponible en: < https://www.expansion.com/juridico/opinion/2018/01/31/5a7217fc46163f22338b45f2.html>, Acceso en: 15 nov. 2020.

VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements.* U.C. Davis Journal of International Law & Policy, vol. 12, núm. 1, 2005, p. 157-194. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1478757>.

REDPO E IPPDH COMO INSTITUIÇÕES PROPULSORAS PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MERCOSUL

Luciana Lopes Canavez
FCHS – Unesp
Franca, São Paulo, Brasil
luciana.canavez@unesp.br

Renato Tavares de Paula
FCHS – Unesp
Franca, São Paulo, Brasil
renato.tavares@unesp.br

Caio Mendes Guimarães Marcondes Machado
FCHS – Unesp
Franca, São Paulo, Brasil
mendes.guimaraes@unesp.br

Resumo: O presente trabalho faz uma análise acerca da previsão da defesa dos Direitos Humanos e Sociais por meio do Bloco Regional MERCOSUL, mais especificamente perante a REDPO (Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais) e o IPPDH (Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos), buscando demonstrar os procedimentos adotados e as políticas declaradas que visam a reparação das desigualdades e o respeito à população latino-americana. O MERCOSUL, como Bloco destinado à integração regional, apesar de criado por motivos estritamente econômicos, hoje, pode ser considerado como um meio de proporcionar maior qualidade de vida para milhões de pessoas, por meio de suas políticas internas e diversos projetos. O IPPDH, em conjunto com a REDPO, são meios que merecem atenção, tendo em vista o largo rol de propostas que objetivam o respeito à dignidade da pessoa humana na América do Sul, além de serem capazes de mobilizar recursos e concentrar setores relevantes para tanto. Portanto, o trabalho abordará os objetivos do MERCOSUL no primeiro capítulo e as características do REDPO e do IPPDH no segundo. Utilizando-se de pesquisa dedutivo-bibliográfica em materiais publicados, temos que tais institutos podem ser considerados como grandes aliados na defesa da população mais carente, principalmente por sua capacidade de representação dessas camadas sociais.

Palavras-chave: Mercosul. Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais; Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos. Defensoria Pública.

Abstract: This search analyzes the prediction of the defense of Human and Social Rights through the MERCOSUR Regional Bloc, more specifically by REDPO (Specialized Meeting of Official Public Defenders) and IPPDH (Institute of Public Policies in Human Rights), seeking demonstrate the procedures adopted and the declared policies that aim to repair inequalities and respect for the Latin American population. MERCOSUR, as a Block destined to regional integration, despite being created for strictly economic reasons, today can be considered as a provider of greater quality of life for millions of people, through its internal policies and various projects. IPPDH with REDPO are means that deserve attention, considering the wide range of proposals that aim to respect the dignity of the human person in South America, in addition to being able to mobilize resources and concentrate relevant sectors for both. Therefore, the work will address the objectives of MERCOSUR in the first chapter and the characteristics of REDPO and IPPDH in the second. Using deductive-bibliographic research, we have that these institutes can be considered as great allies in the defense of the neediest population, mainly because of their ability to represent these social strata.

Keywords: Mercosur. Specialized Meeting of Official Public Defenders; Institute of Public Politics on Human Rights. Public defense.

INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul é definido como um processo de integração regional, capaz de promover a cooperação entre os diversos membros e associados. Ao lado de fortalecer ajustes econômicos, o que motivou sua criação, o Mercosul também objetiva alastrar o comprometimento com questões sociais entre os países sul-americanos, progressivamente diversificando sua agenda e incluindo conteúdos relacionados à Direitos Humanos, Sociais e de Cidadania. Assim, é dever dos Estados-membros criar instrumentos para a erradicação da pobreza à população desassistida, como forma de efetivar a aplicação de princípios como da Dignidade da Pessoa Humana e do Acesso à Justiça.

Nesse sentido, a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais – REDPO – se caracteriza como foro precípuo do Mercosul, uma vez que direciona seus esforços para a cooperação das Defensorias Públicas Oficiais sul-americanas, visando o seu fortalecimento e colaborando com a defesa dos direitos e garantias reconhecidas pelos Tratados, Legislações e Constituições dos Estados Nacionais

e das normas do Bloco. Além deste, outro meio de efetivação de direitos sociais na América do Sul é o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos – IPPDH – criado a partir da decisão nº 14 de 2009 do Conselho de Mercado Comum (CMC) e sob o âmbito da Reunião de Altas Autoridades na Área de Direitos Humanos (RAADH) – com sede em Buenos Aires – que prevê a garantia dos mesmos propósitos anteriormente citados.

Assim, o presente artigo buscará demonstrar como ambos os órgãos fortalecem os mecanismos "e espaços de diálogo e participação para a geração de consensos e acordos para a gestão pública em direitos humanos, bem como o desenvolvimento de sistemas de medição, informação e acompanhamento dos direitos humanos." (IPPDH, 2020). Como método de abordagem será utilizado o dedutivo-bibliográfico e como procedimental a técnica de pesquisa bibliográfica. Ademais, a perspectiva de abordagem é qualitativa, já que envolve informações descritivas.

1. O Mercosul e os objetivos integracionistas

Para iniciar a análise acerca dos Direitos Humanos e da sua proteção e efetivação pelo Mercado Comum do Sul, é necessária a recapitulação das suas origens legais. O século XX, com certeza, foi marcado por diversas disputas entre as principais potências econômicas. Como resultado, duas grandes guerras mundiais, diversas ditaduras – tanto com ideologias políticas de esquerda quanto de direita – e uma guerra econômico-ideológica marcaram a vida de diversas sociedades em todo o planeta.

Assim, com o intuito – pelo menos declarado – de estabelecimento da paz mundial, a normatização dos Direitos Humanos foi realizada na metade do século passado. Inicialmente em um contexto europeu, origem dos diversos conflitos até então mencionados, diversas deliberações foram realizadas. Dentre elas: Convenções e Pactos Internacionais, principalmente aqueles desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas, além de notáveis documentos em defesa aos Direitos Humanos, como a Declaração Universal, a Carta da ONU e a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, da Organização dos Estados Americanos (OEA) (JOBIM, VIANNA e PIRES, 2007).

Como uma das principais normas estabelecidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundada a partir da resolução 217 A III da Assembleia Geral

das Nações Unidas em 10 de dezembro 1948, prevê a preocupação com o respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana e a necessidade de defesa de seus direitos sociais. De acordo com o documento:

> Preâmbulo. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo
> [...]
> Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.
> Artigo 2º. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.
> 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.
> [...]
> Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.
> [...]
> Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (UNICEF BRASIL, 2020).

Bem como a carta da ONU, de junho de 1945, principalmente em seus artigos 6º e 7º. Existe, em ambos, a clara determinação de que os Estados Nacionais prevejam a defesa às questões sociais e de defesa dos Direitos Humanos (JOBIM, VIANNA e PIRES, 2007). É claro que a materialização de tais direitos ainda é um tabu – como veremos adiante neste artigo – principalmente nos países subdesenvolvidos do sul geopolítico.

Posteriormente à guerra fria, marcada pela bipolaridade e controle político explícito diante dos países, além do forte desenvolvimento das novas tecnologias e de meios de propaganda e de informação, temos uma grande disseminação das

barbáries sofridas pelos povos. Como consequência, discute-se ainda mais os modos como os países podem participar para a disseminação de políticas que efetivem as normas estabelecidas pelas Declarações firmadas no século XX. Tal fenômeno evoluía a cada ano, também, na América do Sul, em conjunto com a necessidade de agrupamento dos países para a formação de um bloco regional (JOBIM, VIANNA e PIRES, 2007).

O Mercado Comum do Sul – MERCOSUL – foi então desenvolvido. Este que pode ser definido como "um processo de integração regional" (MERCOSUL, 2020). Iniciado a partir do Tratado de Assunção, em 1991, em meio ao processo de redemocratização dos países sul-americanos e de consequente associação mútua entre tais, principalmente no final da década de 1990, conta hoje com seis países membros, sendo eles Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Bolívia. Detalhe que a Venezuela se encontra suspensa de todos os direitos e obrigações presentes na organização, em conformidade com o artigo 5° do Protocolo de Ushuaia e, ademais, a Bolívia encontra-se em processo de adesão. O restante dos países sul-americanos mantém relações como Estados Associados (MERCOSUL, 2020).

O MERCOSUL pode ser classificado como uma União Aduaneira. São características desse tipo de bloco econômico a circulação livre de serviços, bens e de demais elementos inerentes à produção, comumente chamados de "fatores produtivos" (MERCOSUL, 2020). Além disso, uma Tarifa Externa Comum (TEC), em conjunto com políticas comerciais universais são acordadas entre os membros. Ainda, como norma do MERCOSUL, foi estipulado programa de desgravação tarifária de bens em onze níveis diferentes – salvo para o açúcar e automóveis, de acordo com o próprio site do MERCOSUL – que variam entre 0% e 20% (MERSOCUL, 2020).

O Protocolo de Ouro Preto, em 1994, determinou toda a organização do MERCOSUL, instituindo a personalidade jurídica do bloco, as regras de consenso em procedimentos, as normas e, ainda, o princípio da "vigência simultânea das normas adotadas pelos três órgãos principais do Bloco": o Conselho de Mercado Comum (CMC), órgão superior ao qual incumbe a condução política do processo de integração; o Grupo Mercado Comum (GMC), órgão executivo do Bloco; e a

Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), órgão técnico que vela pela aplicação dos instrumentos da política comercial comum (MERCOSUL, 2020)[1].

Percebe-se, portanto, que o MERCOSUL – pelo menos inicialmente – teve como preocupação manter um bloco estritamente econômico, por meio de regramentos que facilitassem o comércio entre os membros. No entanto, já no final do século XX, o bloco exterioriza a preocupação com questões sociais e humanistas, principalmente pela estruturação de um novo documento regulamentar da Comissão Parlamentear conjunta do Mercosul, em 1995, prevendo a proteção da paz, da liberdade, da democracia e da vigência dos direitos humanos.

Segundo Eduardo Lorenzetti Marques:

> [...]o Mercosul é uma pessoa de direito internacional bastante jovem. Apenas recentemente, com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, o qual expressamente concede personalidade jurídica à organização, é que cessou a celeuma sobre a sua situação jurídica internacional. Caso o Mercosul realmente esteja disposto a se consolidar enquanto uma pessoa de direito, ganhando o reconhecimento e o respeito da comunidade internacional, é necessário que, entre outras medidas, também assume compromissos dignos de um sujeito de direito, os quais sem dúvida passam por uma clara e firme atuação na área da promoção e proteção dos direitos humanos (MARQUES apud FREITAS, NASCIMENTO, 2010).

Ou seja, os Direitos Humanos devem ser previstos não apenas como um Direito de Carta, mas como efetivação material perante os necessitados e a quem foi direcionado.

Deste modo, o MERCOSUL, desde então, busca outros objetivos além do desenvolvimento econômico do Bloco e de seus membros. O fato de atestar a sua personalidade jurídica fez com que, naturalmente, "se submetesse a figura das responsabilidades civis inerente às pessoas no âmbito interno dos Estados, responsabilidades estas que podem ser apuradas até mesmo no que se refere à inobservância de direitos humanos" (CRUZ, BIJOS, 2018).

É necessário, cada vez mais, a unificação das ideias relacionadas aos Direitos Humanos. Principalmente na América do Sul, onde existe um grande

[1] A página Oficial do MERCOSUL disponibiliza todo o organograma do bloco pelo seguinte link: http://www.mercosul.gov.br/images/pdf/Organograma_MSUL_2019.pdf.

desrespeito aos direitos sociais e taxas significativas de pobreza em todo o continente, mesmo com economias tidas como emergentes ou que sejam, ao menos, significativas em um contexto mundial, como Chile, Argentina e o próprio Brasil.

Alícia Bárcena, representante da ONU e uma das responsáveis pelo desenvolvimento Latino-Americano alerta:

> Em 2002 havia 57 milhões de pessoas em situação de miséria na América Latina, cifra que subiu para 62 milhões em 2017 e que tornou a engordar em mais um milhão no ano passado, chegando a 63 milhões de latino-americanos em 2018, segundo a projeção da CEPAL. "Ainda que a região tenha obtido avanços importantes entre a década passada e meados da atual, desde 2015 foram registrados retrocessos, particularmente em termos de pobreza extrema (EL PAÍS, 2019).

No entanto, como defende Leila Maria Da Juda Bijos, pós-Doutora pela Saint Mary's University, do Canadá, para que os Direitos Humanos sejam realmente efetivados nos países membros do Bloco, os Estados-membros devem, em primeiro lugar, renunciar a interesses econômicos. Apenas desta forma, para a pesquisadora, seria possível qualquer iniciação de representação plena das camadas mais necessitadas. Além do mais, ainda complementa afirmando que as economias mais fortes – como Argentina e Brasil – e com mais influência sobre os demais países, devem liderar tais convicções (CRUZ, BIJOS, 2018).

Além do mais, Leila Maria Da Juda Bijos entende que:

> A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que vigora desde 1948, se tornou possível que se regulamentassem os direitos humanos, no entanto, os pactos suplementares foram surgindo de formas aleatórias, e acabam por não serem precisos quanto às ações afirmativas que são cabíveis aos Estados que a eles se submetem (CRUZ, BIJOS, 2018).

Ou seja, a consumação dos direitos promulgados na Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda não ocorreu. São notórias as desigualdades sociais e a necessidade de determinação de uma legislação capaz de abranger as necessidades dos povos. Além de, consequentemente, mostrarem seus efeitos reais nas sociedades latino-americanas.

Deisy Ventura e Marcos Rolim especificam alguns dos elementos e problemas que assolam o Bloco. Destacam, entre eles, a falta de órgãos com poder suficiente para deliberações efetivas em relação à efetivação de Direitos Humanos,

afirmando que, em todos os processos de negociação e decisórios, existe um desague em somente três órgãos: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo do Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL. Tal fato, de acordo com os especialistas, reflete na falta de soluções pelo simples acavalamento das reivindicações apenas nestes três órgãos. Sendo que, além disso, as reuniões entre os membros se dão em apenas vinte dias por semestre e sem qualquer órgão com sede permanente, o que também dificulta o trabalho de integração e impossibilita a sua tradução em políticas públicas eficazes (VENTURA, ROLIM, 2004).

Assim, alertam, especificadamente, cada problemática vivida em meio às sociedades latino-americanas:

> Nossa região vive realidades muito significativas de violação aos Direitos Humanos que não foram, ainda, sequer diagnosticadas corretamente. Mesmo que tenhamos que relevar os níveis diferentes de acúmulo já alcançados em cada Estado-membro, parece claro que temas emergentes como as políticas públicas de segurança, o esforço pelo controle de armas e em favor do desarmamento, o tratamento dos crimes dos regimes ditatoriais e o amparo às vítimas da violência ilegal praticada pelos governos militares, o tratamento do tema "desaparecidos" e as iniciativas de amparo aos seus familiares; a crise penitenciária e os desafios da reforma penal; a resposta a ser construída no trato da violência juvenil e, ato contínuo, as políticas de prevenção à vitimização de crianças e adolescentes; a questão indígena; a conquista da plenitude da cidadania moderna aos grupos excluídos e socialmente marginalizados; o combate ao racismo, à homofobia e à violência contra as mulheres, entre tantos outros temas, deveriam oportunizar a construção de uma agenda concreta que ultrapassasse a inequívoca vocação governamental em favor das declarações formais e dos compromissos abstratos (VENTURA, ROLIM, 2004).

Destarte, é notório que o Mercosul, pelo menos até o momento, não foi capaz de disciplinar qualquer projeto que poderia, ao menos, relativizar as disparidades sociais eminentes em toda a América-latina. O seu alinhamento à busca de benefícios econômicos raramente era direcionado à parcela carente da população. Portanto, Deisy Ventura e Marcos Rolim ainda oferecem seu parecer diante da situação, esclarecendo o que, para ambos, seria o necessário para melhoria desta situação:

> Em síntese, sustentamos que o MERCOSUL precisa de uma nova agenda e de uma outra dinâmica. O que o processo guarda de oficialismo, opacidade e hermetismo, deve ceder lugar à pluralidade, à publicidade e à acessibilidade. Isto implica em um novo perfil para os negociadores, em uma outra atitude dos governos e, também, na construção de uma

> institucionalidade permeável às demandas de sociedades complexas que vivem, a par das importantes expectativas criadas por seus processos democráticos, crises específicas de representação. Uma condução política que reforce a dinâmica institucional em vigor, só reforçará o estranhamento e o ceticismo da maioria das nossas populações com relação à política estrito senso e, também, com relação à importância do próprio MERCOSUL (VENTURA, ROLIM, 2004).

É importante compreender que pautas direcionadas à efetivação dos Direitos Humanos devem ser levadas em conta. No decorrer do chamado "processo de integração regional", portanto, objetivos e temas neste sentido também são abarcados pelo bloco. Assim, a agenda do MERCOSUL foi paulatinamente diversificada, incluindo temáticas anteriormente não previstas no campo da política, cidadania e de direitos humanos, principalmente. Tais anseios podem ser evidenciados, principalmente, pelo Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL (2010), bem como o Plano Estratégico de Ação Social (2011). Segundo informações prestadas oficialmente pelo Bloco, a organização objetiva não só a aproximação econômica, mas a implementação prática das referidas pautas sociais e políticas em toda a América do Sul.

No campo dos Direitos Sociais, o Acordo Multilateral de Seguridade Social aprovado pela Decisão CMC Nº 19/97, permite aos trabalhadores imigrantes acesso aos benefícios providos pela seguridade social dos países em que farão parte. Tal disposição contabilizará o tempo de serviço de outro Estado-membro para a concessão de benefícios, como aposentadoria ou pensões por invalidez ou morte (MERCOSUL, 2020). Portanto, pode ser considerado como importantíssimo para a plena adaptação daqueles que buscam melhores condições de vida em um país desconhecido, uma vez que, em quase todos os casos, chegam desamparados e na busca de empregos que beiram a informalidade e os baixos salários (VILELA, 2011).

Outra pauta presente no programa do Bloco é a integração educacional, que prevê a revalidação de diplomas e demais títulos de reconhecimento de estudos em diversos níveis educacionais, como fundamental, médio, técnico e não técnico. Tais validações podem ser realizadas pelo Sistema de Acreditação Regional de Cursos de Graduação do MERCOSUL (ARCU-SUL) e pelo Sistema Integrado de Mobilidade (SIMERCOSUL) (MERCOSUL, 2020).

Além destes, o Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (PEAS), aprovado pela Decisão CMC Nº 12/11, pode ser considerada uma das mais

importantes iniciativas realizadas pelo Bloco. De acordo com informações oficiais, trata-se do pilar social de integração regional, uma vez que serão definidos, por ele, os principais focos de atuação em relação à estratégia de integração social, objetivando erradicar a miséria, fome, pobreza e o analfabetismo, além da universalizar serviços de saúde pública, por exemplo (MERCOSUL, 2020).

A Comissão de Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais do MERCOSUL (CCMASM), em conjunto com o seu Instituto Social são responsáveis pela delimitação dos seguintes eixos: Eixo 1 – Erradicar a fome, a pobreza e combater as desigualdades sociais; Eixo 2 – Garantir os direitos humanos, a assistência humanitária e a igualdade étnica, racial e de gênero; Eixo 3 – Universalizar a Saúde Pública; Eixo 4 – Universalizar a educação e erradicar o analfabetismo; Eixo 5 – Valorizar e promover a diversidade cultural; Eixo 6 – Garantir a inclusão produtiva; Eixo 7 – Assegurar o acesso ao trabalho decente e aos direitos previdenciários; Eixo 8 – Promover a Sustentabilidade Ambiental; Eixo 9 – Assegurar o Diálogo Social; Eixo 10 – Estabelecer mecanismos de cooperação regional para a implementação e financiamento de políticas sociais (MERCOSUL, 2020).

Assim, a par das pautas sociais relevante acima identificadas, necessário e coerente que se dê um passo adiante na efetivação de direitos sociais com a criação de órgãos intergovernamentais que defendam os direitos humanos, como se vê neste próximo capítulo.

2. IPPDH e REDPO e os Direitos Humanos

A preocupação em concretizar e dar amplitude regional a efetivação dos direitos humanos e do acesso à justiça previsto no artigo 8º, I da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1991), ao afiançar que toda pessoa tem direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas, fez surgir a necessidade de intuições como a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul (REDPO) e o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos (IPPDH), para justamente otimizar e efetivar à fruição daqueles direitos.

Note-se que o Tratado de Assunção de 1991 já asseverava o interesse dos Estados membros de promover o desenvolvimento econômico com justiça social, mediante a maior eficiência no uso dos recursos disponíveis, bem como a parir da conservação ambiental (BRASIL, 1991). A partir daí, houve os primeiros passos

na direção de efetivação e concretização de direitos humanos, que foi a adoção do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, em 24 de julho de 1998 (BRASIL, 2002).

Entrelaçado a isso, houve o incremento de legislações que deram musculatura regional a efetivação do acesso à justiça no MERCOSUL. Primeiro, foi assinado 27/06/1992 o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matérias de Direito do Trabalho, Administrativo, Comercial e Civil, conhecido como protocolo de Las Leñas (BRASIL, 2009).

De acordo com o referido protocolo, os países signatários se comprometem a prestar assistência mútua e atender, de modo cooperativo, às demandas jurisdicionais nas matérias de Direito descritas anteriormente. Segundo o acordo, cada Estado Parte indicará uma Autoridade Central que será responsável por cuidar das demandas e prover assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. O artigo 3° do protocolo enfatiza que cabe àqueles que residem nos Estados Partes do Acordo – em todos eles – gozar desta liberdade de acesso à Justiça em defesa de seus direitos.

Após, o Conselho do Mercado Comum publicou a Decisão n. 49/00 que aprovou o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL, ao consignar, em suas razões, a estima e importância que o MERCOSUL atribui aos mais necessitados ao destacar a necessidade de mecanismos que obstruem qualquer obstáculo ao efetivo acesso à justiça (CMC, 2005).

O art. 1º determina expressamente a gratuidade de justiça e assistência jurídica gratuita:

> Os nacionais, cidadãos e residentes habituais de cada um dos Estados Partes gozarão, no território dos outros Estados Partes, em igualdade de condições, dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais.

Da mesma forma, o artigo 14 da citada decisão dispensa o pagamento de custas e outras despesas processuais para quem tenha obtido o benefício de assistência em outro estado parte.

Referidas normas e decisões que realçam à defesa dos Direitos Humanos fizeram eclodir a criação de importantes instituições como o REDPO e IPPDH.

O Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos (IPPDH) foi criado em Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, em San Juan, no dia 2 de agosto de 2010 e pelo Decreto nº 9.184, de 30 de outubro de 2017, houve sua promulgação no Brasil. Tem como objetivo explícito:

> Contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito nos Estados Partes, mediante o desenho e o acompanhamento de políticas públicas em Direitos Humanos, e contribuir com a consolidação dos Direitos Humanos como eixo fundamental da identidade e desenvolvimento do MERCOSUL (BRASIL, 2017).

Tal Instituto, com sede em Buenos Aires, trata-se de um grande aliado para a conscientização regional latino-americana sobre a necessidade de implementação de direitos fundamentais básicos, a fim de articular a convivência social e democrática. Ademais, se cumprido os requisitos do modo como foi estabelecido inicialmente, tende a ser um elemento central no processo de construção da cidadania e integração do bloco, permeando direitos humanos, políticos e sociais (ABRAMOVICH, 2013).

Assim, o IPPDH apresente cinco objetivos explícitos:

> Fortalecer os mecanismo e espaços de diálogo e participação para a geração de consensos e acordos para a gestão pública em direitos humanos. Promover o desenvolvimento de sistemas de medição, informação e acompanhamento dos direitos humanos. Estender a capacitação e investigação em direitos humanos através dos programas da Escola Internacional e a biblioteca de investigação especializada projetada.
> Impulsar a cultura e a promoção de direitos humanos e a cooperação Sul – Sul a nível regional e internacional. Alcançar a sustentabilidade financeira e melhorar a arrecadação de fundos (IPPDH, 2020).

Além do mais, o IPPDH constitui peça chave no estabelecimento de políticas públicas em direitos humanos, dando ênfase na iniciativa dos Estados-membros no exercício dos direitos previstos. Como:

> Não se demanda do Estado somente o respeito aos direitos, mas ações efetivas para garantir o exercício desses diretos. Especialmente quando essas demandas se originam de setores que se encontram em situação de desigualdade estrutural, que sofrem violência ou discriminação de índole social, étnica, racial ou de gênero. Esta situação implica uma releitura de todos os direitos humanos e sua consideração sob outro enfoque mais próximo da noção dos direitos sociais (ABRAMOVICH, 2013).

Ora, não basta apenas que os direitos estejam estabelecidos, mas que não sejam executados diante da sociedade. O Estado deve garanti-los. Assim, diante do diálogo que proporciona com os governos, o IPPDH tende a ser um forte aliado neste sentido. Como antes dito, careciam de órgãos especializados dentro do Mercosul, e que, é claro, sejam capazes de articular de forma constante e incisiva a deliberação por políticas públicas sociais e demais meio de solução para a situação de grande parcela da população carente sul-americana.

O Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) do MERCOSUL mantém agudos laços com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fortalecendo o diálogo de fontes entre o instituto citado, a Comissão bem quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quatros Estados fundadores do MERCOSUL apresentaram o Parecer Consultivo (OC) nº 21 "Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção" de 2014 (CID, 2014). O IPPDH elaborou o texto do parecer, realizada em conjunto com a Comissão Permanente de Crianças da Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos do MERCOSUL (RAADH). Essa iniciativa foi promovida pelos governos da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Da mesma forma, o IPPDH fomenta projetos importantes que denotam sua preocupação com o fortalecimento dos direitos humanos, dentre eles destacamos o Projeto IPPDH-PNUD Brasil: "Coordenação de Políticas de Direitos Humanos no MERCOSUL"[2].

O propósito deste Projeto é que os governos do MERCOSUL e Estados Associados, particularmente os âmbitos institucionais da RAADH e o IPPDH, fortaleçam a produção de informação e as capacidades institucionais do MERCOSUL para o desenho, aplicação e seguimento de políticas públicas regionais em matéria de direitos humanos.

Para o sucesso do Projeto, o IPPDH propôs os seguintes objetivos específicos: Impulsionar o desenvolvimento de políticas públicas regionais em matéria de igualdade e acesso aos direitos sociais; contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas regionais de controle de violência e políticas

[2] A página oficial do IPPDH fornece completa informação sobre as atividades do órgão: https://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/.

de segurança com respeito aos direitos humanos a nível regional; impulsar o planejamento e implementação de políticas públicas regionais em matéria de sítios de memória e de arquivos vinculados às graves violações dos direitos humanos ocorridos no passado recente.

Outro projeto importante é o Projeto de Cooperação Humanitária Internacional para Migrantes, Apátridas, Refugiados e Vítimas de Tráfico de Pessoas, com possibilidade de articulação com outros organismos internacionais, como OIM e ACNUR.

O Projeto de Cooperação Humanitária Internacional para Migrantes, Apátridas, Refugiados e Vítimas de Tráfico de Pessoas, segundo o próprio site do órgão, busca promover ações de cooperação técnica com base na construção de metodologias específicas e pesquisas aplicadas sobre o tema a partir da perspectiva dos direitos humanos e do intercâmbio de boas práticas entre os Estados Parte do MERCOSUL.

De outro lado, a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais – REDPO é um foro precípuo do Mercosul direcionado à cooperação e integração, com objetivo de promover o fortalecimento institucional das Defensorias Públicas Oficiais e colaborar na defesa dos direitos humanos e das garantias reconhecidas pelos Tratados, Legislações e Constituições Nacionais dos Membros e pelas normas do Mercosul.

A criação da REDPO no Mercosul foi realizada por deliberação do Grupo Mercado Comum – GMC e possui como objetivo promover o fortalecimento institucional das Defensorias Públicas Oficiais dos Estados Membros do Mercosul, conforme os objetivos previstos no Tratado de Assunção.

A Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais – REDPO, portanto, é o local próprio e adequado do Mercosul à cooperação e integração das Defensorias Públicas Oficiais e é um pêndulo na luta pela defesa dos direitos humanos e das garantias reconhecidas pelas normas do Mercosul.

A criação da REDPO foi motivada também pelo Estatuto constitutivo da Associação Interamericana de Defensorias Públicas – AIDEF, no que compete a premente necessidade de estabelecer relações e mecanismos de cooperação com organismos governamentais e não governamentais; organizar seminários e encontros regionais especializados de interesse comum das Defensorias Públicas;

propiciar a constituição de associações; e impulsionar toda atividade de alicerce ao cumprimento das finalidades da AIDEF[3].

Dessa forma, a REDPO tem como missão fomentar o fortalecimento institucional do Mercosul e das Defensorias Públicas em equilíbrio com os órgãos que exercem as funções do Ministério Público nos Estados Partes, com a criação de condições para uma melhor aplicação da justiça, em respeito aos direitos e garantias contemplados nos tratados internacionais e nas constituições dos Estados Partes do Mercosul. Ainda, tem por fundamentos a criação de um sistema estável de coordenação e cooperação entre as Defensorias Públicas dos países que integram o Mercosul.

Diante desses fundamentos, os representantes das Defensorias Públicas, delegações da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, concordaram em criar o foro dentro da estrutura institucional do bloco. E por essa razão, a Reunião Especializada se difere do Bloco de Defensores Públicos Oficiais – BLODEPM, pois mantém um caráter associativo e de órgão dependente do Mercosul, envolto em questões do domínio político-governamental.

O Grupo Mercado Comum, mediante a Resolução nº 12/04 GMC-RES, do dia 25 de junho de 2004 (GMC, 2004), decidiu integrar a REDPO dentro da estrutura institucional do Mercosul, com o objetivo de coordenar e estabelecer uma cooperação eficaz entre as Defensorias Públicas dos Estados Partes. Em 19 de junho de 2005, mediante a decisão nº 06/05, o Conselho do Mercado Comum – CMC decidiu que o REDPO deve ser coordenada pelo Fórum de Consulta e Concertação Política do Mercosul – FCCP para acompanhar as ações (CMC, 2005).

A REDPO ainda conta com uma Secretaria Administrativa Permanente – SAP e as Coordenações Nacionais representadas pelas Instituições e Associações de Defesa Pública, indicadas e reconhecidas pelos integrantes da REDPO, tendo direito e a voz e voto nos debates. Além disso, são formados grupos de trabalho para a realização de tarefas específicas, previstas pelo Programa Anual da REDPO.

[3] A página oficial do REDPO possui informação sobre as atividades do órgão: http://redpo.mercosur.int/

Assim, se, de um lado, luta-se para a prática de medidas efetivas de acesso e aparelhamento de Defensorias Públicas no plano interno, de outro, procura-se implementar esse direito para os assistidos dos países membros do MERCOSUL.

Já houve pelo REDPO a realização de mais de 30 reuniões, com a publicação de recomendações, relatórios que funcionam como atos de fiscalização do poder público, como um verdadeiro ombudsman de respeito a proteção dos direitos humanos.

Observa-se ainda a importância da recomendação REDPO - Mercosul / CMC / REC. nº 03/17 que consigna a necessidade de avanço da defesa pública oficial e seu fortalecimento como garantia de acesso à justiça de pessoas em condições de vulnerabilidade. Recomendou se também aos Estados Partes o incentivo do uso de mecanismos de cooperação internacional entre as instituições públicas de defesa que facilitem a execução dos procedimentos necessários à articulação de uma defesa técnica eficaz.

CONCLUSÃO

A sociedade latino-americana espera que os blocos regionais forneçam desenvolvimento econômico acompanhado de justiça social. Ao lado de fortalecer ajustes econômicos entre os países, o Mercosul precisa aprimorar e densificar o comprometimento social entre as partes, sob pena de não ser completamente efetivado. Os Estados partes do Mercosul devem permitir aos vulneráveis instrumentos para o devido respeito aos direitos humanos a uma região tão combalida por sistemáticos descumprimentos da efetivação de direitos sociais básicos.

Como se demonstrou no texto, o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) e a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais – REDPO do MERCOSUL mantém fortes laços com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo instituições aptas a incrementar e aprimorar a autoridade dos direitos fundamentais e a reverência a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais – REDPO é um foro precípuo do Mercosul direcionado à cooperação e integração, com objetivo de promover o fortalecimento institucional das Defensorias Públicas Oficiais e colaborar com a defesa dos direitos humanos, mormente de cidadãos desprovidos econômica e organizacionalmente. Da mesma forma, o Instituto de

Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) tem como escopo à proteção aos grupos vulneráveis e invisíveis da sociedade latino-americana.

O papel constitucional da Defensoria Pública nos estados do MERCOSUL não deixa margem de dúvidas que cabe a instituição Defensorial potencializar os canais de atuação da em defesa e tutela de grupos de vulneráreis, mormente pelo débito histórico com o modelo de assistência jurídica previsto no Cone Sul e pela necessidade de equilibrar a relação material e processual a favor dos grupos vulneráveis, de indivíduos minados ou atingidos pelo Poder Estatal.

Portanto, o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) e a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais – REDPO do MERCOSUL devem ser entendidos como órgãos inter-regionais do Mercosul, que ao lado das Defensorias Públicas Nacionais devem ser vistas como instituições públicas do Sistema Constitucional de Justiça que possuem como função principal a defesa dos segmentos sociais vulneráveis.

REFEFÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no Mercosul. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, n. 2, 2013. Disponível em: Dialnet-DerechosHumanosEnElMarcoDelProcesoDeIntegracionReg-5830143%20(2).pdf. Acesso em 11 out. 2020.

BRASIL, Decreto nº 350 de 21 de novembro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, Decreto nº 4210 de 24 de abril de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4210.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, Decreto nº 6891 de 02 de julho de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6891.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, Decreto nº 9.184, de 30 de outubro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 out. 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9184.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

CID. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer consultivo OC-21/14 "Direitos e Garantias de crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional". Disponível em http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/12/OC-21-Completa.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

CMC. Decisão n.49/00 do CONSELHO DO MERCADO COMUM. Disponível em http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/DEC_04 92000_PT_FERR_Acordo%20Benef%C3%ADcio%20Justi%C3%A7a% 20Assist%20Gratuita_Ata%202_00.pdf. Acesso em 13 out.2020.

CMC. Conselho do Mercado Comum. Decisão nº 06/05. Disponível em http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec0605p.asp. Acesso em: 10 set. 2020.

CRUZ, Gleidson Bonfim da; BIJOS, Leila Maria Da Juda Bijos. A integração dos Direitos Humanos no Mercosul. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 10, pp. 2020-2044, 2018. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33270. Acesso em: 11 out. 2020.

FARIZA, Ignacio; MONTES, Rocío. Impulsionada pelo Brasil, extrema pobreza na América Latina tem pior índice em dez anos. **EL PAÍS**. Santiago, Chile, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/15/internacional/1547563856_964646.html. Acesso em 11 out. 2020.

GMC. Resolução nº 12/04 GMC-RES, do dia 25 de junho de 2004- Mercosul / CMC / REC. nº 03/17. Disponível em https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/resolucoes/. Acesso em 10 set. 2020.

IPPDH. **Missão, Visão e Objetivos**. Disponível em: https://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/missao-visao-e-objetivos/. Acesso em: 11 out. 2020.

JOBIM, Robson Machado; PIRES, Victor Paulo Kloeckner; VIANNA, Regina Cecere. Os Direitos Humanos no Mercosul. **JURIS**, Rio Grande, 12: 71-81, 2006-2007.

LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN EL ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES

Silvia Vilar González
Universitat Jaume I, Castellón de la Plana (España)
Universidad Internacional de La Rioja, La Rioja (España)
vilars@uji.es

Resúmen: Pese a que los recursos fósiles son materias primas de carácter limitado y no renovable, su explotación sigue estando asociada a importantes intereses geopolíticos y geoeconómicos, lo que en muchas ocasiones lleva aparejadas prácticas de corrupción pública generalizada, fuertes desigualdades sociales, pobreza o conflictos sociales. La gobernanza adecuada de estos recursos suele corresponder a las autoridades de los territorios ricos en estos productos, lo que no exime a las empresas extractivas de su responsabilidad en materia de respeto de los derechos humanos y del medio ambiente. En dicho contexto, junto con los instrumentos que pretenden la responsabilidad social corporativa con carácter general, se han impulsado diversas iniciativas dirigidas específicamente a este sector, como veremos, que tratan de aumentar la transparencia y la rendición de las cuentas de este tipo de empresas.

Palabras-clave: Derechos humanos; industria extractiva; medio ambiente; energías fósiles.

Abstract: Despite the fact that fossil resources are raw materials of limited and non-renewable nature, their exploitation continues to be associated with important geopolitical and geo-economic interests, which often entails practices of widespread public corruption, strong social inequalities, poverty or social conflicts. The adequate governance of these resources usually corresponds to the authorities of the territories rich in these products, which does not exempt extractive companies from their responsibility in terms of respect for human rights and the environment. In this context, together with the instruments that claim corporate social responsibility in general, various initiatives specifically aimed at this sector have been promoted, as we shall see, which seek to increase the transparency and accountability of these type of companies.

Key-Words: Human rights; extractive industry; environment; fossil energies.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha despertado un especial interés, por parte del sector empresarial, las escuelas de negocios, los inversores, los consumidores, las ONGs e incluso algunos Gobiernos, dirigido a promover en las empresas un comportamiento más ético, sostenible y respetuoso con la sociedad, los derechos humanos y el medioambiente, en general, dado que las actividades que estas despliegan suponen consecuencias que van más allá de su dimensión interna, pudiendo ocasionar otros impactos y resultados en su vertiente externa que repercuten, tanto positiva como negativamente, en los distintos ámbitos geográficos y comunidades locales en los que despliegan sus actividades.

En dicho sentido, se han desplegado en el ámbito internacional diversas iniciativas dirigidas, con carácter general, a todo el sector empresarial, independientemente de su tamaño, actividad, lugar en que actúen o estructura interna, entre otros aspectos, pero también se han impulsado otros instrumentos cuyo ámbito de aplicación es específico para determinados sectores que se considera que precisan de pautas o normas de conducta específicas, como sucede en el caso de la industria extractiva de energías fósiles.

En el presente estudio, tras comenzar mencionando algunos de aspectos relacionados con la actividad extractiva de combustibles fósiles, continuaremos mencionando algunos de los conflictos que se asocian con el modelo extractivo de combustibles fósiles, para terminar profundizando en las exigencias específicas que presente el sector de la industria extractiva en materia de responsabilidad social corporativa, así como con las conclusiones alcanzadas al respecto.

1. Actividad extractiva de combustibles fósiles

Los combustibles fósiles, como son el carbón, el petróleo y el gas natural, son materias primas cuyo peso en la generación de energía a nivel mundial sigue siendo muy elevado, pese a tratarse de recursos limitados, no renovables y altamente contaminantes.

Estas sustancias se forman a lo largo de prolongados periodos de tiempo que abarcan millones de años, a través de procesos químicos de descomposición de grandes cantidades de restos orgánicos procedentes de plantas y de animales unidos a variaciones de presión y de temperatura, por lo que "no pueden reponerse

en un plazo humano previsible; sus reservas son finitas y se están reduciendo a consecuencia de las actividades humanas" (DOMÉNECH, 2007, p. 28).

Las actividades que se llevan a cabo en este ámbito se suelen subdividir en tres etapas, en cada una de las cuales se aprecian riesgos específicos para los derechos humanos y el medioambiente:

1) La etapa de *upstream*, que comprende a su vez las fases de: a) exploración de los recursos existentes y de su viabilidad económica; b) la de acondicionamiento o adecuación del espacio y, finalmente, c) la de explotación, que comprende todas las actividades de producción o extracción comercial.

2) La fase de *midstream*, que cubre todas las actividades dirigidas al almacenamiento y transporte del petróleo, el gas o productos procesados.

3) Y, por último, la etapa de *downstream*, que abarca los procesos de refinamiento o tratamiento de los hidrocarburos, hasta llegar a su venta a los consumidores finales.

El sector extractivo de este tipo de combustibles suele constituir un elemento de gran importancia estratégica para los países ricos en los mismos, tanto a nivel económico como político, por lo que es frecuente que estos Estados procedan a su nacionalización y que ejerzan el control de todas sus reservas, siendo fundamental el despliegue de políticas de gobernanza adecuada en este contexto, dirigidas hacia la satisfacción del interés general.

En ocasiones, la gestión gubernamental de dichos recursos es eficiente, como sucede con el caso de Noruega, país que dispone de grandes reservas de petróleo y de gas natural, y que creó, entre otros:

a) un fondo gubernamental de pensiones[1] en el año 1990, al que se transfiere todo el flujo neto de caja procedente de la política hidrocarburífera de este país y que constituye "un instrumento de estabilización para suavizar los ciclos económicos al ahorrar en época de precios altos del crudo y gastar en épocas de vacas flacas para evitar la recesión en caso de un desplome de precios" (RAMÍREZ CENDRERO, 2017, p. 192); o

b) de la compañía pública Equinor (antes Statoil), que cotiza en las bolsas de Oslo y Nueva York, y de la que el gobierno noruego mantiene la mayor parte

[1] *Norwegian Pension Fund Global*.

de sus acciones, todo lo cual ha permitido alcanzar una elevada renta *per cápita* de sus ciudadanos y bajos niveles de desigualdad social.

En el extremo contrario nos encontramos con otros países en los que la industria extractiva de energías fósiles constituye un pilar fundamental de crecimiento, como pueden ser Nigeria, Colombia o Venezuela, en los que es frecuente observar la apertura de sus economías, la modificación de sus legislaciones internas o la creación de incentivos fiscales dirigidos a atraer inversiones directas extranjeras en este sector, lo que suele venir acompañado, en muchas ocasiones, de una cultura de corrupción pública generalizada, lo que potencia la desigualdad, la pobreza y los conflictos sociales. Por ello, la disponibilidad de recursos naturales en estos territorios no viene acompañada de una mejora en la calidad de vida de sus respectivas poblaciones, puesto que, en definitiva, lo que determina el desarrollo económico y social de un país es la calidad de la gestión llevada a cabo por sus autoridades públicas y no los recursos naturales que tiene disponibles.

Es frecuente hablar en estos países de la "maldición de los recursos naturales", fenómeno muy estudiado en la literatura económica y que tiene que ver con el hecho de los mayores que disponen de una mayor dotación de recursos naturales, suelen presentar peores tasas de crecimiento económico, ostentando "bajos niveles de ingreso, débil industrialización, excesiva especialización productiva y altos grados de dependencia y vulnerabilidad en su inserción externa" (RAMÍREZ CENDRERO, 2017, p. 181), por extraño que ello pueda parecer. Pero esto no se debe a una maldición, sino a la mala gobernanza atribuible a sus gobernantes, lo que genera una espiral de errores que suelen terminar degradando la vida colectiva.

Pese a que la mayor responsabilidad en la gobernanza recae en los gobiernos de los países que disponen de recursos naturales, ello no exime a las empresas, dondequiera que operen e independientemente de su titularidad pública o privada, de su obligación de respetar los derechos humanos, más allá del deber de cumplimiento de la normativa nacional en la materia, e independientemente de la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir con sus propias obligaciones, tal y como se establece en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos[2], elaborados en el seno de las Naciones Unidas en el año 2011.

[2] Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2011, p. 15.

Esta obligación de respeto se extiende a la necesidad de adoptar las medidas oportunas dirigidas a prevenir las consecuencias negativas en los derechos humanos, así como a mitigar dichas consecuencias en el caso de que llegaran a producirse, así como a remediarlas, en su caso.

Los Principios Rectores exigen además a las empresas, con la finalidad de identificar, prevenir, mitigar y responder frente a las posibles consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, que procedan con la "diligencia debida" en materia de derechos humanos, proceso que deberá incluir la correspondiente evaluación de los impactos reales y potenciales que pudieran suponer sus actividades sobre los derechos humanos, una integración de las conclusiones alcanzadas, así como la actuación a adoptar al respecto, un seguimiento de las respuestas o la comunicación sobre la forma en que se pretende hacer frente a las consecuencias negativas observadas.

2. Los conflictos asociados al modelo extractivo de combustibles fósiles

Tal y como establece la Carta de los Recursos Naturales en su introducción, "[l]os países ricos en recursos no renovables enfrentan simultáneamente una oportunidad y un reto. Cuando se usan bien, esos recursos pueden crear mayor prosperidad para generaciones actuales y futuras; si se usan de manera deficiente, pueden causar inestabilidad económica, conflicto social y daños ambientales perdurables"[3]. Por ello, en algunas ocasiones la mejor decisión puede radicar, incluso, en evitar la extracción de este tipo de recursos.

Uno de los vectores que llevan a la generación de conflictos, viene asociado con la irregular distribución de los recursos naturales, a su mala gestión y a la corrupción, fundamentalmente en aquellos países que cuentan con gobiernos e instituciones débiles.

Más del cuarenta por ciento de los conflictos armados internos de los últimos sesenta años han estado vinculados con el uso, explotación o posesión de los recursos naturales[4], conflictos que han sido, además, financiados con el

[3] "Carta de los Recursos Naturales", 2ª ed., Natural Resource Governance Institute, 2014, p. 4.

[4] "Los recursos naturales causaron más del 40% de las guerras en los últimos sesenta años". Noticias ONU, 16 octubre 2018. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2018/10/1443762, última consulta: 20/02/2021.

producto procedente de la explotación de los recursos naturales[5], como ha sucedido en la República Democrática del Congo, donde la extracción ilegal de minerales, carbón o madera ha generado 100.000 millones de dólares para los rebeldes y grupos criminales. O en Angola, donde los ingresos del petróleo han alimentado una guerra civil interminable que ha causado varios cientos de miles de muertos (PARINGAUX, 2000, p. 15). O en América Latina, donde en la década de los 40 ha habido, al menos, dos guerras directamente relacionadas con el petróleo, como son la guerra del Chaco, en la que Paraguay perdió diversos territorios que contaban con importantes yacimientos petroleros; o la guerra entre Ecuador y Perú (BRAVO, 2005, p. 1-2).

Es más, como afirman los expertos, dichas cifras puede aumentar en los próximos años como consecuencia del gran crecimiento de la población mundial, el consumismo, la degradación medioambiental o el impacto del cambio climático, todo lo cual supone "una presión insostenible sobre la disponibilidad de muchos recursos naturales" (BRAVO, 2005, p. 1-2), como afirmó António Guterres, actual Secretario de las Naciones Unidas, lo que afecta indudablemente en el rol que desempeñan los Estados en los modelos extractivos y a su capacidad para procesar las demandas que genera su población (ORTIZ-T., 2011, p. 17).

El uso de los combustibles fósiles para satisfacer la creciente demanda de energías, acarrea varios problemas asociados a "la carestía del petróleo, la vulnerabilidad del suministro o las amenazas del calentamiento global y el agotamiento de estos combustibles" (ROMERO SALVADOR, 2010, p. 345), pese a lo cual, siguen existiendo grandes intereses económicos en la explotación de este tipo de recursos naturales.

También es importante no olvidar otro tipo de problemas, como la dependencia de los países asociada la importación de energía, la incidencia que supone la exportación para el país productor en su balanza de pagos, los precios o accesibilidad que limitan el consumo energético a ciertos sectores de la población, o también a los impactos medioambientales que conlleva el uso, explotación y transformación de este tipo de combustibles (HONTY, 2006, p. 133), ya que su quema aumenta la producción CO2 y, con ello, de los gases de efecto invernadero, e incluso los derivados directamente de las actividades de las empresas extractivas.

[5] En dicho sentido, se puede afirmar que entre 1995 y 2018, el 75% de los conflictos en África han sido parcialmente financiados por los recursos procedentes de los recursos naturales. Ibid.

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar la catástrofe de las represas de Bento Rodrigues, la cual tuvo lugar como consecuencia de la rotura de los muros de contención de las presas Fundão y Santarém, ambas situadas a treinta y cinco kilómetros del centro de Mariana, ubicada en el Estado de Minas Gerais, Brasil (BRASIL, OLIVEIRA, LEMOS, 2018, p. 85-110).

3. Exigencias específicas en materia de responsabilidad social corporativa al sector de la industria extractiva

Como considera un importante sector de la opinión pública, "el respeto de los derechos humanos y de la voluntad ciudadana, así como de la cultura y el medio ambiente, forma parte de las responsabilidades de [las] empresas" (PARINGAUX, 2000, p. 14).

Junto a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a los que hemos hecho referencia con anterioridad, y a otras iniciativas de carácter global dirigidas a la aplicación de conductas empresariales responsables dentro del contexto global, como pueden ser las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales[6], las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos[7] o el Pacto Mundial[8], se han aprobado también otros instrumentos de carácter sectorial o específico, que contienen guías, códigos de conducta, principios voluntarios y, en definitiva, orientaciones y pautas concretas dirigidas a las empresas del sector que nos ocupa, que pretenden mejorar la transparencia y la rendición de las cuentas que se deriven de las actividades desarrolladas por estas.

Todos estos instrumentos tienen en consideración el hecho de que las empresas que operan en este sector "pueden aportar ímpetu para el crecimiento económico a través de la demanda de bienes y servicios nacionales, así como a

[6] Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 1976, cuya última revisión fue publicada en 2011.

[7] Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentadas por el Grupo de Trabajo nombrado por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2).

[8] Pacto Mundial o *Global Compact*, véase: https://www.pactomundial.org/. Última consulta: 20/02/2021.

través de la transferencia de conocimientos comerciales internacionales"[9] pero, a su vez, suelen llevar a cabo sus actividades en entornos complejos donde no es frecuente contar con instrucciones sobre el terreno en relación con el modo en que poder observar sus responsabilidades con respecto a los derechos humanos.

En dicho sentido, con respecto a las iniciativas específicas aprobadas al efecto, comenzaremos mencionando el documento titulado "Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos"[10], que fue lanzado el 19 de diciembre de 2000 por parte de los gobiernos de EEUU y Reino Unido, junto con empresas de los sectores de extracción de recursos y energía radicadas en el territorio de los mencionados países, así como algunas organizaciones no gubernamentales, como *International Alert* (IA), con la finalidad de fomentar el diálogo y promover la implementación de un conjunto de principios dirigidos a guiar a las empresas extractivas para garantizar una seguridad en sus operaciones respetuosa con los derechos humanos y el medio ambiente. Se reconoce, además, "que la seguridad es una necesidad fundamental compartida por individuos, comunidades, empresa y Estado, y hacen énfasis en salvaguardar la integridad de las personas y la propiedad de las empresas, actuando en el marco legal establecido por el país donde operan"[11].

Estos principios, tratan de proporcionar unas determinadas pautas dirigidas a las empresas dedicadas a la extracción de petróleo, gas o minería que operan en zonas en conflicto o de gobernabilidad frágil, para que puedan asegurarse de que, los cuerpos o fuerzas de seguridad pública o privada destinados a proteger las operaciones de la compañía y las instalaciones petroleras y mineras, actúan con respeto a los derechos humanos.

Se proporcionan diversas directrices que pueden ayudar a realizar una evaluación del riesgo efectiva en el ambiente operativo de la compañía de que se trate, para lo que habrá que tener en cuenta los siguientes factores:

a) la identificación de los riesgos de seguridad, que podrán provenir de factores políticos, económicos, civiles o sociales;

---

[9] Carta de los Recursos Naturales, p. 38.

[10] *Voluntary Principles on Security and Human Rights*, véase: https://www.voluntaryprinciples.org/. Última consulta: 20/02/2021.

[11] Véase: https://integrarse.org/2018/02/26/centrarse-promueve-iniciativa-de-los-principios-voluntarios-de-seguridad-y-derechos-humanos/. Última consulta: 20/02/2021.

b) el potencial de la violencia, para lo que se precisará llevar a cabo consultas a la sociedad civil, a representantes de los gobiernos nacionales o extranjeros, o emplear cualquier otro tipo de fuentes que permitan evaluar los patrones de violencia desplegada en el área operativa de la compañía;

c) registros relativos a los derechos humanos, que permitan valorar abusos llevados a cabo en el pasado por parte de fuerzas de seguridad pública, paramilitares u otros cuerpos para, con ello, tratar de prevenir que se remitan estas situaciones y adoptar las medidas adecuadas en el área operativa de la compañía;

d) el imperio de la Ley, que incluye el deber de actuar de forma consistente con las leyes locales, nacionales, así como de acuerdo con la normativa en materia de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como la capacidad del poder judicial y de la fiscalía para exigir responsabilidades antes los abusos cometidos;

e) el análisis de los conflictos, pasados, presentes y futuros, que permita identificar y comprender las causas raíz y la naturaleza de estos conflictos, así como el grado de adhesión a la normativa internacional en materia de derechos humanos; y

f) el riesgo asociado a la transferencia de equipos, que deberá valorar los requisitos importantes de la licencia de exportación, o medidas dirigidas a mitigar consecuencias negativas previsibles, entre otros extremos.

Junto con las mencionadas pautas en materia de evaluación del riesgo, se aportan también parámetros específicos que pretenden guiar las interacciones que lleven a cabo las compañías extractivas con los proveedores de servicios de seguridad pública o privada, así como con las comunidades circundantes en entornos complejos, o directrices que permitan desarrollar sistemas dirigidos a reportar e investigar posibles denuncias de violaciones de derechos humanos.

Algunos años más tarde, el G8 aprobó la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI)[12], estándar global creado por parte de gobiernos, empresas y organizaciones de la sociedad civil, con la finalidad de mejorar la gobernanza de los sectores petrolero, gasífero y minero a nivel global y con el convencimiento común de que "la riqueza de los recursos naturales debería

[12] *Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)*, anunciado su lanzamiento por el Primer Ministro británico Tony Blair en el año 2002 y aprobada por el G8 en el año 2004. Véase: https://eiti.org/es. Última consulta: 20/02/2021.

beneficiar a los ciudadanos y que, para ello, es preciso contar con estándares elevados de transparencia y rendición de cuentas"[13].

Esta iniciativa establece obligaciones dirigidas a los Estados implementadores, al considerar que los recursos naturales existentes en los países pertenecen a sus ciudadanos y que su extracción puede conducir hacia un crecimiento económico y desarrollo social, pero, por el contrario, una gobernanza inadecuada de los mismos puede desembocar, con frecuencia, en corrupción y conflictos.

Por ello, para garantizar que los recursos naturales beneficien a todos, el estándar EITI considera necesario incrementar la apertura y el escrutinio público sobre cómo se utiliza y se gestiona la riqueza del sector extractivo, para lo que se exige a los Estados la divulgación de información a lo largo de la cadena de valor de la industria extractiva, por lo que deberán "publicar información puntual y precisa sobre aspectos clave de la gestión de sus recursos naturales, incluyendo el modo en que se otorgan las licencias, las contribuciones sociales y fiscales que pagan las empresas y el destino de dichos fondos dentro del gobierno a nivel nacional y regional"[14], todo ello de conformidad con el procedimiento de validación periódica establecido a dichos efectos.

El aspecto más interesante de esta iniciativa radica en el hecho de incorporar obligaciones jurídicas dirigidas a los Estados que llevan aparejados plazos de cumplimiento y también consecuencias para los casos de incumplimiento.

Posteriormente, en el año 2013, se elaboró una nueva iniciativa en el seno de la Unión Europea conocida como "Guía para la implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el sector del petróleo y del gas"[15], cuya finalidad radica en desarrollar orientaciones que permitan desplegar la responsabilidad social corporativa en este sector.

La Guía se otorga pautas que pretenden orientar a las corporaciones extractivas para que puedan identificar el contexto operacional en que desarrollan

---

[13] "El estándar mundial para la buena gobernanza de los recursos de petróleo, gas y minerales", EITI, 2018, p. 1.

[14] Ibid.

[15] European Commission, "Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", 2013.

sus actividades, ya que determinados escenarios son más propensos a contribuir en los abusos sobre los derechos humanos.

En dicho sentido, es necesario que este tipo de corporaciones comprendan los riesgos contextuales asociados a su actividad para que, en aquellos lugares en que no exista legislación nacional que proteja este tipo de derechos, o que sí exista pero que sea extremadamente débil o no se cumplan los estándares prevenidos al efecto, sean las propias empresas quienes adopten las medidas necesarias de respecto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Mencionaremos, finalmente, la Carta de los Recursos Naturales[16], elaborada en el año 2017 por un grupo internacional de académicos, intelectuales y otros expertos en materias de recursos naturales y desarrollo, como el Premio Nobel Michael Spence, Ana Maria Esteves, Paul Collier o Jon Hobbs, entre muchísimos otros.

La Carta contiene 12 preceptos, que se subdividen en tres grupos: el primero, relativo a bases locales y gobernanza de recursos, que incluyen aspectos relativos a la rendición de cuentas y transparencia (preceptos 1 y 2); el segundo, sobre la cadena de decisiones económicas adecuadas para poder llevar a cabo una gestión de los recursos dirigida hacia la prosperidad (preceptos 3 al 10, ambos inclusive); y, por último, bases internacionales para la gobernanza de recursos, que se hallan dirigidas tanto a los gobiernos, como a las sociedades y a la comunidad internacional en su conjunto (preceptos 11 y 12).

Entre otros aspectos, se resalta la necesidad de que los países cuenten con la cooperación de la comunidad internacional para que puedan materializar la prosperidad sostenida e inclusiva a partir de la extracción de recursos, estableciéndose en los dos últimos preceptos de la Carta el modo en que las empresas transnacionales, los gobiernos extranjeros y otros agentes implicados en la gobernanza internacional deben colaborar con los ciudadanos de los países ricos en recursos.

En dicho sentido, por lo que respecta a las compañías privadas que participen en proyectos de la industria extractiva, éstas deberán ir más allá de los requisitos legales mínimos, debiendo actuar de conformidad con las leyes nacionales y acuerdos y normas internacionales, pero debiendo, a su vez, "respetar

[16] Carta de los Recursos Naturales o *Natural Resource Charter*, disponible en: https://resourcegovernance.org/approach/natural-resource-charter. Última consulta: 20/02/2021.

las más altas normas ambientales, sociales y de derechos humanos, al tiempo que deben evitar la corrupción, contribuir a resultados de desarrollo sostenibles y hacer pública y accesible la información sobre proyectos relevantes"[17].

CONCLUSIÓN

Como hemos podido observar, independientemente de los recursos naturales con los que cuente un determinado país, ello no determinará su grado de desarrollo económico y social, sino que este vendrá asociado con la calidad de la gestión desarrollada por parte de sus autoridades públicas, implicando las malas prácticas una concatenación de errores que degradan la vida colectiva de sus comunidades.

Por otra parte, el hecho de que los respectivos gobiernos cumplan o no con sus obligaciones en materia de derechos humanos y de responsabilidad medioambiental, no exime a las empresas de su deber de desplegar la diligencia debida en el desarrollo de sus actividades en este contexto.

Resulta sumamente positivo y necesario que, junto con las iniciativas generales en materia de responsabilidad social corporativa a que se ha hecho referencia anteriormente, se hayan impulsado otros instrumentos dirigidas a la industria extractiva de combustibles fósiles, dado que se trata de un sector específico que precisa de una especial supervisión y transparencia.

Sin embargo, pese a la voluntariedad que suele hallarse indisolublemente unida a las iniciativas en materia de responsabilidad social corporativa, es necesario establecer obligaciones reales dirigidas a dichas empresas, que incluyan consecuencias jurídicas para los casos de incumplimiento, más allá de meras orientaciones voluntarias y más teniendo en cuenta que, debido a la actividad que estas empresas desarrollan, la misma suele trascender de las fronteras nacionales, adquiriendo una dimensión transnacional.

Pese a que existen medios legales que permiten sancionar dichas conductas lesivas en el ámbito interno de los respectivos Estados en los que se hubieran cometido, resulta necesario establecer mecanismos jurídicos en el ámbito internacional que permitan depurar responsabilidades ante los abusos que pudieran cometerse en el plano transnacional, creando incluso, en su caso, algún tribunal ad

[17] "Precepto 11", Carta de los Recursos Naturales, *Natural Resource Governance Institute*, 2017, p. 41.

hoc encargado enjuiciar estos supuestos a través de los cauces del derechos internacional, apoyándose para ello en la normativa que se apruebe a dichos efectos.

REFERENCIAS

BRASIL, D.R.; OLIVEIRA, R.Z. de; LEMOS, S.N. "A Responsabilidade Civil do Estado de Minas Gerais na Tragédia Mariana". En: MIRANDA, J.; GOMES, C.A.; BORRÀS PENTINAT, S. (Coord.); CAÚLA, B.Q.; BOAS, M.A.S.V.; SILVA, M.P. (Org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, vol. 11. Palmas (Brasil): Tribunal de Justiça do Estado do Tocatins, 2018, p. 85-110.

BRAVO, E.. "Impactos de la explotación petrolera en América Latina". En: *Biodiversidad*, nº. 43, 2005, p. 1-9.

DOMÉNECH QUESADA, J.L. *Huella ecológica y desarrollo sostenible*. Madrid (España): Aenor Ediciones, 2007.

HONTY, G. "Energía en Sudamérica: una interconexión que no integra". En: *Nueva Sociedad*, nº. 204, 2006, p. 119-135.

ORTIZ-T., P. "Capitalismo extractivo, minería y derechos: ¿Pueden cohabitar?". En: *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, nº. 39, 2011, p. 11-23.

PARINGAUX, P. "Business, petróleo y derechos humanos". En: *Edición Cono Sur*, nº. 18, 2000, p. 14-16.

RAMÍREZ CENDRERO, J.M.; WIRTH, E. "Empresas públicas, fondos soberanos y enfermedad holandesa: El caso de Noruega". En: *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, vol. 6, nº. 2, 2017, p. 180-214.

ROMERO SALVADOR, A. "Aprovechamiento de la biomasa como fuente de energía alternativa a los combustibles fósiles". En: *Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, vol. 104, nº. 2, 2010, p. 331-345.

GT 08

Hacia un marco de justicia global: los avances en justicia penal internacional en la sociedad del siglo XXI

COORDINACIÓN:
Ozéas Lopes (UFF) y Carmen Quesada Alcalá (UNED)

DESCRIPCIÓN: El presente grupo de trabajo centra su atención en el estudio comparativo de la justicia penal desde una perspectiva global, considerando los objetivos y la realización de una justicia penal internacional y sus desafíos para la sociedad del siglo XXI, con el objeto de analizar propuestas, alternativas y respuestas a cuestiones relativas a los principios democráticos, el Estado de Derecho y la ciudadanía, objetos de investigación permanente en el mundo contemporáneo. Del mismo modo, persigue centrar la atención en el estudio comparativo de la realidad de los dos continentes, el europeo y el latinoamericano. Para ello, proponemos como ejes: 1) las transformaciones políticas que ocurrieron en el continente desde la década de 1980, con el cierre de regímenes dictatoriales y conflictos internos, que permitieron el establecimiento de democracias liberales; 2) el orden democrático latinoamericano, sus constituciones y el derecho penal y procesal; 3) la transición del sistema inquisitivo, luso-hispano, a un modelo acusatorio, su viabilidad y efectividad, como contribución a la construcción de un modelo de justicia; 4) la incidencia de la justicia penal internacional en la prevención y represión de los crímenes internacionales; 5) el efecto de la complementariedad de la Corte Penal internacional en los ordenamientos internos latinoamericanos; 6) y las contribuciones de los tribunales interamericano y europeo de derechos humanos y de la Corte Penal Internacional a la configuración de un sistema de justicia global.

EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL SIGLO XXI: un breve análisis de su evolución, articulación y mecanismos de persecución

María Carro Pitarch
Universidad de Valencia
Valencia, España
maria.carro@coleurope.eu

Resúmen: La consagración del crimen de agresión como uno de los crímenes de mayor trascendencia para la Comunidad Internacional es fruto de un largo proceso. Repartida a lo largo de varias décadas, la búsqueda de un consenso sobre su definición ha llevado a la comunidad internacional a posponer la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional hasta 2018. Así, a lo largo de este camino han surgido y surgen numerosos obstáculos para una efectiva persecución del crimen. El objetivo del presente trabajo es realizar un breve análisis de la situación actual del crimen reflexionando sobre las dificultades que éste evoca. Para ello, utilizo la metodología propia de las Ciencias Jurídicas y sigo un análisis dividido en cinco partes del crimen. En primer lugar, realizo un estudio de sus orígenes en el ámbito del Derecho Internacional Penal, con especial referencia a la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010. A continuación, analizo su articulación desdoblada en dos partes, tanto de los elementos del tipo como de la responsabilidad limitada que conlleva, destacando el papel esencial de los dirigentes de los Estados como únicos posibles sujetos responsables. Después, profundizo en los mecanismos de persecución del crimen de agresión, señalando las principales vías y los problemas que se derivan de ellas. Por último, hago hincapié en las posibilidades reales de persecución del crimen, realizando un estudio pormenorizado de los principales Estados que las han ratificado, así como de aquéllos que se han negado, con particular interés en los Estados Miembros del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. Concluyo exponiendo hasta qué punto es real la persecución del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional dado el contexto internacional actual y teniendo en cuenta los principales obstáculos derivados de la articulación del crimen.

Palabras clave: Crimen de Agresión, Acto de Agresión, Corte Penal Internacional.

Abstract: The consecration of the crime of aggression as one of the most important crimes against the interna community is the result of a long process. Over several decades the search for a consensus on its definition has led the international community to postpone the activation of the jurisdiction of the International Criminal Court until 2018. Thus, along this path, numerous obstacles

to the effective prosecution of the crime have arisen and continue to arise. The objective of this article is to make a brief analysis of the current situation of the crime, reflecting on the difficulties it evokes. To do so, I use the methodology of Legal Sciences and follow an analysis of the crime in five main parts. Firstly, I study its origins in the field of International Criminal Law, with special reference to the Review Conference in Kampala (2010). I then analyse its articulation in two parts, first of the elements of the type and then, of the limited responsibility it entails, highlighting the essential role of the leaders of the States as the only possible subjects responsible. Then, I go into greater depth into the mechanisms for prosecuting the crime of aggression, pointing out the main channels and problems arising from them. Finally, I emphasise the real possibilities for the prosecution of crime by carrying out a detailed study of the main States that have ratified them, as well as those that have refused, with particular interest in the Member States of the Security Council of the United Nations. I conclude by stating the extent to which the prosecution of the crime of aggression by the International Criminal Court is real, given the current international context and provided the main obstacles that arise from the articulation of the crime.

Key Words: Crime of Aggression; Act of Aggression; International Criminal Court.

INTRODUCCIÓN

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) se limita a la persecución de crímenes internacionales que, como señala el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI, Roma, 17 de julio de 1998), suponen "una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad". Éstos comprenden los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión (artículo 5 ECPI). Se trata de crímenes que vulneran bienes jurídicos que afectan a toda la Comunidad Internacional y, por consiguiente, merecen el máximo rechazo. Por ello, son considerados como los más graves, tal y como se observa tanto en el párrafo cuarto del Preámbulo del ECPI, como en su parte dispositiva (artículo 1 del ECPI).

Entre ellos, el crimen de agresión se erige como el crimen de mayor trascendencia para la humanidad. El mismo ya fue definido por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN) como "el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos" (Sentencia TMIN de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946). Sin embargo, y a pesar de su importancia, ha sido complejo llegar a un consenso dentro de la comunidad internacional respecto a su definición y,

posteriormente, respecto a la activación de la jurisdicción de la CPI para poder perseguirlo.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la situación actual del crimen tratando de concretar si es posible, una vez activada la competencia de la CPI, perseguir internacionalmente acciones constituyentes de un crimen de agresión. Para abordar esta cuestión, se parte de una doble premisa que se deberá constatar durante el estudio. Por un lado, considero que la tipificación del crimen de agresión resulta indispensable para poder exigir responsabilidad penal individual por la comisión de un crimen de agresión. Por otro lado, observo que en el plano internacional los intereses de los Estados no siempre se alinean con los objetivos de justicia de la CPI y pueden dificultar lograr el consenso necesario. La interrelación de éstas es fundamento del interés científico que justifica la presente investigación: la determinación del desarrollo normativo del crimen de agresión en el marco del Derecho Internacional Penal y los posibles obstáculos que dificultan su persecución.

Para ello, divido el estudio del crimen en cinco partes resaltando los principales obstáculos que se encuentran. En primer lugar, realizo un estudio de los orígenes del crimen de agresión partiendo de las primeras limitaciones del uso de la fuerza en el ámbito del Derecho Internacional Penal, pasando por la consagración del ECPI y, con especial referencia a la definición lograda en la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010. En segundo lugar, analizo la articulación del crimen en dos partes. Por un lado, atendiendo tanto a los elementos del tipo objetivos que comprenden la definición del tipo y sus aspectos fundamentales, como al subjetivo o componente volitivo exigible a la hora de dirimir la responsabilidad del perpetrador. Por otro lado, hago referencia a la responsabilidad limitada que conlleva, destacando el papel esencial de los dirigentes (políticos y militares) de los Estados como únicos posibles sujetos responsables. También brevemente se hace referencia al limitado papel que se ha dejado a la tentativa tras la entrada en vigor de las Enmiendas. En cuarto lugar, profundizo en los mecanismos de persecución del crimen de agresión, señalando las principales vías y los problemas que se derivan de ellas partiendo de las condiciones de entrada en vigor de la jurisdicción de la CPI. Por último, señalo la situación actual del crimen con especial atención a las posibilidades reales de persecución según su aceptación en la comunidad internacional, atendiendo tanto a los Estados que han ratificado las Enmiendas como aquéllos que no y cuáles son las motivaciones de ambos.

El presente trabajo finaliza con unas consideraciones sobre los principales obstáculos o retos encontrados para la efectiva persecución del crimen de agresión por parte de la CPI. Así, trato de establecer hasta qué punto, dada la situación actual internacional y dada la formulación del tipo del crimen y sus principales elementos, es o será posible exigir responsabilidad a los futuros autores por sus actos potencialmente constituyentes de un crimen de agresión.

1. Evolución del crimen de agresión

La inclusión del crimen de agresión como uno de los crímenes internacionales y la activación de la competencia de la CPI ha sido el resultado de un largo proceso que emana de la limitación y persecución del uso de la fuerza armada y culmina con la renuncia expresa del *ius ad bellum* como rasgo definitorio de la soberanía de los Estados con las Enmiendas al ECPI, en tanto en cuanto la guerra era considerada como un "medio para la solución de sus controversias y constituía un mecanismo de sanción en un orden jurídico desprovisto de un sistema de coerción" (BERMEJO, 2015, p. 218).

Ya mediante la Paz de Westfalia quedó reflejada la voluntad de los Estados de llegar a una solución pacífica (O'CONNELL; NIYAZMATOV, 2012, p. 190). No obstante, el uso de la fuerza armada fue limitado por primera vez más tarde, con la adopción de la Convención Drago-Porter, adoptada en el seno de la segunda Conferencia de la Paz (La Haya, 1907), cuando se prohibió recurrir a la fuerza contra un país deudor, salvo que el mismo se negase a solventar la controversia mediante el arbitraje internacional.

El Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919 (Versalles, 28 de abril de 1919)[1], tras la Primera Guerra Mundial, limitó la guerra como instrumento de política internacional, manteniendo únicamente el recurso a la guerra ante agresiones exteriores a la integridad territorial y la independencia política de cualesquiera de los miembros de la Liga (art. 10 y 11 del Pacto), asegurando de este modo la respuesta automática de todos los miembros ante el ataque contra uno de ellos (JUSTE RUIZ; CASTILLO DAUDÍ; BOU FRANCH, 2018, p. 526). Más tarde, en 1923, el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua calificó los actos de agresión como "crímenes internacionales", usando la expresión más como un mero recurso semántico que como introducción de una conducta punible, ya que

[1] Entró en vigor el 10 de enero de 1920 y su extinción se consumó el 18 de abril de 1946.

el proyecto no hacía referencia alguna a la posible responsabilidad penal del individuo (RUEDA FERNÁNDEZ, 2002, p. 130).

El Protocolo para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales, adoptado en Ginebra el 1 de octubre de 1924 definió la guerra de agresión como una "violación de la solidaridad entre los miembros de la comunidad internacional y un crimen internacional", y reconoció en su artículo 10 como "Estados agresores" a aquéllos que "recurran a la guerra en violación de las disposiciones del presente Protocolo". El Tratado General de Renuncia a la Guerra (París, 27 de agosto de 1928), más conocido como Pacto Briand-Kellog, implicó el paso concluyente para la prohibición de la guerra (BERMEJO, 2015, p. 233). De este modo, se señala que las Altas Partes Contratantes "declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas" (artículo 1 del Pacto). Igualmente, fue utilizado por el TMIN como prueba del carácter consuetudinario de los crímenes contra la paz (DÍAZ SOTO, 2014, p. 16).

Asimismo, fue en el art. 6(a) del Estatuto del TMIN (Núremberg, 8 de agosto de 1945) donde se estableció como conducta delictiva bajo la denominación "crímenes contra la paz" el "planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratado internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes" (artículo 6 (a)). En éste se limitó el tipo al desarrollo de una guerra de agresión, en contraste con lo que más tarde fue ampliado a acto de agresión.

Igualmente, el TMIN dirimió en su sentencia de 1 de octubre de 1946 a los dirigentes como los únicos responsables posibles por crímenes contra la paz al limitarlo a las personas que tuviesen a su cargo la conducción política o militar. En esta sentencia dictada contra los principales criminales de guerra nazis se hallaron a doce de los veintidós acusados culpables de crímenes contra la paz (ocho de los cuales también lo fueron de participar en un plan común o de conspiración para cometer este crimen). Este Tribunal determinó que los dirigentes de la Alemania nazi bien habían cometido actos de agresión, bien habían emprendido guerras de agresión contra 11 países europeos. Sin embargo, en una oportunidad perdida, el TMIN dejó sendos conceptos sin definir, manteniendo la incertidumbre respecto a la noción de "acto de agresión".

También en 1945 se estableció la Organización de las Naciones Unidas (ONU) cuyo propósito principal es mantener la paz y la seguridad internacionales (artículo 1 de la Carta Naciones Unidas). Para ello la propia Carta prohíbe con carácter general el uso de la fuerza a sus Estados Miembros "contra la integridad territorial o la independencia de cualquier Estado" (artículo 2.4 de la CNU).

La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la "Formulación de los Principios de Núremberg" inducidos de la Sentencia del TMIN. En desarrollo de esta obligación, la CDI fijó que la preparación, planificación e inicio de una guerra de agresión constituye un crimen de Derecho internacional (Principio IV) cuya punición no está supeditada a las disposiciones de Derecho interno (Principio II) y frente al cual no puede oponerse ningún tipo de inmunidad (Principio III) (NU. Documento A/CN.4/76).

Posteriormente, el 14 de diciembre de 1974, la AGNU adoptó por consenso la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, titulada "Definición de la agresión" donde se definió la agresión en su art. 1 como "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición". La definición se completó, a su vez, en su artículo tercero, con una lista no exhaustiva de actos de agresión (BOU FRANCH, 2006, p. 157).

En 1986, la Corte Internacional de Justicia consagró la prohibición del uso de la fuerza como un "principio de Derecho internacional consuetudinario" en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos*. La consecuencia directa fue que, por tanto, dicha prohibición es obligatoria tanto para los Estados Miembros de la ONU como para los Estados no miembros (JUSTE RUIZ; CASTILLO DAUDÍ; BOU FRANCH, 2018, pp. 526-527).

La definición consagrada en la Resolución de 1974 fue más tarde utilizada como base para el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad por la Comisión de Derecho Internacional de 1996 que definió el crimen de agresión como la intervención de un dirigente en la "planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado".

Más tarde, el ECPI, también conocido como Estatuto de Roma consagró en 1998 en su artículo 5.2, la posposición de la definición y disposición de las

condiciones para el ejercicio de la jurisdicción del crimen de agresión hasta que los Estados Parte llegasen a un compromiso compatible con la Carta de las Naciones Unidas (CNU). Para ello, el Grupo Especial de Trabajo para el Crimen de Agresión (GETCA) se reunió entre los años 2003 y 2009 parar preparar la definición. La misma fue adoptada en la Primera Conferencia de Revisión del ECPI en Kampala (Uganda) el 11 de junio de 2010 y recogida en el artículo 8 bis (1) de la Resolución RC/RES.6. La noción de crimen de agresión recoge las conductas individuales ya contempladas en el crimen contra la paz del Estatuto del TMIN (planificación, preparación, iniciación o realización) si bien amplía el alcance del crimen de agresión incluyendo todo acto de agresión (desviándose de lo propuesto en el Proyecto de Código de 1996). Así, el acuerdo alcanzado, en tanto que un logro tras los largos años de negociaciones puesto que se consiguió un consenso entre los Estados Parte en cuanto a la definición del crimen, no deja de generar recelo en la comunidad internacional ya que las décadas de debate concluyeron en una definición que es un reflejo prácticamente idéntico de lo ya establecido en la Resolución 3314(XXIX) de 1974.

2. Articulación del crimen: los elementos del crimen de agresión

El crimen de agresión posee una naturaleza singular respecto de los otros crímenes. De igual forma que el resto de los crímenes internacionales posee una naturaleza dual. Sin embargo, se diferencia de los mismos en que en éste la conducta individual (microcriminalidad) conlleva un escenario de violencia generalizada (macrocriminalidad) (AMBOS, 2011, p. 39). Es, pues, el comportamiento del dirigente el que conlleva a una situación de violencia manifiesta. En cambio, en los otros crímenes como, por ejemplo, los crímenes contra la humanidad, el comportamiento particular forma parte de un ataque generalizado o sistemático y no es el acto causante del mismo.

Su esencia ha sido fuente de longevos debates que han resultado en una articulación compleja, la cual, en algunas instancias, no consigue superar los obstáculos que se plantean. Principalmente, estos impedimentos se pueden resumir en imprecisiones terminológicas que resultan en una regulación abierta o abstracta de ciertos elementos del crimen, así como la rigidez de ciertos conceptos inherentes al mismo crimen que reducen su posible persecución, podría argumentarse, excesivamente.

Para atender a estos posibles impedimentos es menester hacer referencia previamente a los principales elementos del crimen de agresión. El crimen que aquí concierne discierne dos que resultan esenciales: uno objetivo (*actus reus*) y uno subjetivo o intencional (*mens rea*) (OROZCO TORRES, 2019, p. 236). Por un lado, el elemento objetivo consiste en la realización de un acto de agresión que cumpla las condiciones necesarias para considerarse un crimen de agresión, ya que mientras que todo crimen de agresión exige la existencia de un acto de agresión, no todo acto de agresión puede ser considerado como un crimen de agresión.

En el segundo apartado del precepto se recoge un listado de actos de agresión. No obstante, no se establece expresamente si dicho listado es un *numerus apertus* o un *numerus clausus*. A favor de su condición como listado abierto se encuentran autores como KREß y HOLTZENDORFF, 2010, p. 1191, que apuntan que el mismo no es más que una mera reproducción de lo expuesto en la Resolución 3314(XXIX) y en cuyo artículo 4 del Anexo se establecía que "la enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva". Además, señalan que la propia literalidad del artículo habla de "*un* acto de agresión" (cursiva propia) y, por tanto, se trata de una referencia en términos generales que no necesariamente ha de concurrir entre las especificadas en el segundo apartado del artículo. Por el contrario, otros autores como AMBOS, 2011, p. 44, lo consideran como un listado exhaustivo, ya que entiende que si se hubiese querido dejar abierto se hubiese introducido una cláusula como la propia del artículo 7.1 (k) ECPI para los crímenes de la lesa humanidad. Dado el silencio de la CPI hasta el momento sobre el sentido del precepto, parece prudente compartir la noción presentada por Ambos, máxime cuando la base de cualquier proceso penal es la seguridad jurídica, y considerarlo como un listado no exhaustivo iría contra un principio rector del Derecho penal: el principio *nullum crime, nulla poena sine praevia lege*.

En cualquier caso, y dejando a un lado el debate en cuanto a su alcance, parece pertinente entender el listado desde una perspectiva actual y conforme a la tecnología disponible. En este sentido, cabría incluir dentro de los tipos dispuestos los ataques informáticos (asimilándolos a un ataque militar), ya que estos ataques suponen una ofensa a la infraestructura y/o soberanía del Estado agredido y se trata de una infracción manifiesta de la CNU de entidad suficiente. Basta pensar en las consecuencias que comportarían la interrupción o destrucción de infraestructura crítica como son redes de gestión y control de suministros (véanse sistemas de defensa aéreos, suministros de electricidad, etc.) para la salud, la seguridad y el bienestar económico de los ciudadanos, así como en el

funcionamiento correcto del gobierno. Meros ejemplos de la confusión y desorden consiguiente de cortes masivos de electricidad son lo ocurrido en Estados Unidos tras los huracanes Sandy (2012) y Katrina (2005) (ONYEJI; BAZILIAN; BRONK, 2014, pp. 54-55). AMBOS estima que ataques de este calibre sí pueden ser equiparados a actos de agresión, incluso entendiendo el listado como un *numerus clausus*, ya que dichos actos se podrían subsumir en el apartado (b) del art. 8 *(bis)* cuando hace referencia al "empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado" o en el apartado (d) si consisten en una ofensiva contra las fuerzas armadas del otro Estado (AMBOS, 2014, p.119). Mientras que otros autores como CORREDOR consideran que el crimen de agresión no engloba el caso planteado, ya que éste escapa a su ámbito de punibilidad, hemos de considerar que la posición de AMBOS sería la más idónea dado que sí se cumplirían los requisitos para considerarlo como un crimen de agresión.

Prosiguiendo con la noción de crimen de agresión, el apartado 1 del citado artículo 8 bis del ECPI exige que la comisión del acto de agresión sea de tal magnitud que "constituya una violación manifiesta de la CNU". Para considerar lograda dicha magnitud, el ECPI prevé la superación de un umbral de gravedad en base a tres elementos: las características, la gravedad y la escala del acto[2]. La concurrencia de estos elementos permite no perseguir los usos de fuerza que no reúnan "la suficiente seriedad" (KREß; HOLTZENDORFF, 2010, p. 1193), evitando así la posible trivialización del crimen de agresión (AMBOS, 2011, p. 40). No obstante, la concreción de estos elementos no parece del todo evidente. Así, por "características" se entienden los medios utilizados para la realización del acto. De este modo, aquellos expresamente proscritos por el Derecho internacional (como puede ser el caso del uso de gases asfixiantes) conducen a determinar la existencia de este crimen (OROZCO TORRES, 2019*,* p. 329), pero es necesario señalar que hay otros medios que no están proscritos aún y pueden tener las mimas consecuencias generando incertidumbre sobre el alcance de estas "características". En cuanto a la "gravedad" requerida se hace referencia a los eventuales o posibles resultados que han de ser considerados trascendentales. Gillet lo ejemplifica resaltando que "la destrucción causada por un ataque nuclear sería suficientemente grave, mientras que una incursión transfronteriza de un pequeño número de tropas … no" (GILLETT*,* 2013, p. 859). Finalmente, respecto a la "escala" se exige que tenga una cierta magnitud que parece referirse a los medios o recursos militares

[2] Véase el Entendimiento séptimo del Anexo III de la Resolución RC/Res. 6 (Kampala, 11 de junio de 2010): Crimen de agresión.

empleados, la duración del acto y/o su ámbito geográfico. Los tres elementos son cuanto menos ambiguos y carecen de una definición que permita delimitar desde un principio sobre qué actos es exigible responsabilidad por este crimen por suponer una violación manifiesta de la CNU, y "dejan casi total discreción a la Corte para decidir si las características ameritan persecución bajo el artículo 8bis" (O'CONNEL; NIYAZMATOV, 2012, p. 204). De esta forma, se relega a los jueces de la CPI la determinación y concreción de estos elementos para poder considerar que se ha producido dicha violación y que es posible exigir responsabilidad al individuo en cuestión.

Por otro lado, el elemento subjetivo exigido es la voluntad o intencionalidad del autor de cometer el acto (*animus agressionis*). Recogido en el artículo 30 ECPI, está compuesto por la "conducta", la "consecuencia" y las "circunstancias". De esta forma requiere que el autor ostente el conocimiento y la voluntad de cometer la acción en cuestión ("la conducta"), bien proponiéndose obtener los resultados dañosos o siendo consciente de su aparición dado un normal desarrollo de los acontecimientos ("las consecuencias"), y teniendo el mismo la consciencia (*awareness*) de la ilicitud sin ser necesario que ésta sea total o completa. Sin embargo, en los "Elementos de los crímenes" se señala que no es necesario que "el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada con la CNU" y, que no existe "la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza «manifiesta» de la violación de la CNU" [3].

Mientras que la intencionalidad es un elemento esencial del tipo, para considerar su existencia no se requiere que haya voluntad de cometer la acción con un objetivo en concreto (CASSESE, 2003, p. 115), sino que exista esa consciencia, por lo que en contraposición con el elemento objetivo presenta menos problemas de definición para exigir responsabilidad.

3. Articulación del crimen: un crimen de dirigentes

Habiendo abordado las características que ha de reunir un acto para ser considerado constituyente de un crimen de agresión, y habiendo establecido el mayor problema que aparece (es decir, la falta de precisión terminológica de

[3] Apartados 2 y 4 del Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010. *Elementos de los Crímenes*.

algunos conceptos), es esencial determinar otro elemento clave del crimen. Éste es la determinación de a quién se puede exigir responsabilidad por su comisión. El crimen únicamente puede ser cometido por dirigentes, y es justamente esta limitación en su autoría la que ha sido criticada por algunos como demasiado rígida por restringir excesivamente la posible persecución del crimen.

En este sentido, el artículo 8 bis (1) ECPI limita la responsabilidad por los crímenes de agresión a las personas que realicen actos de agresión "estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado", restricción también establecida en el artículo 25.3 bis tras la Conferencia de Kampala. La exigencia de un "control o dirección efectiva" (un control *de facto*) excluye la posibilidad de perseguir a los individuos que sostienen cargos honoríficos o sin posibilidad real de toma de decisiones (RUYS, 2017, p. 19). Así, quedan fuera los crímenes perpetrados por oficiales de rango menor o miembros de organizaciones no estatales como sí se permite con los otros crímenes internacionales. Del mismo modo, tampoco se considera un control efectivo el de los dirigentes que únicamente tienen influencia política (a diferencia de lo permitido por el Estatuto del TMIN) (AMBOS, 2011, p. 45). No es necesario que el control sea completo (entendido como el ejercido bajo un solo mando) puesto que limitaría únicamente el crimen a dictadores absolutistas restringiendo (aún más) la posible persecución del crimen de agresión ante la CPI (NERLICH, 2017, p.47). Sin embargo, el elevado umbral de responsabilidad no limita la misma a una única persona, dado que varias personas pueden reunir los requisitos exigidos[4].

En cuanto a los grados de responsabilidad, los considerados autores principales son aquéllos que tienen control sobre el crimen (es decir, poseen la capacidad de poder frustrar su comisión), mientras que el resto de los modos de participación son aquéllos que incluyen todas las formas menores de control del crimen. Dada la introducción del apartado 3 bis al artículo 25 ECPI cabe plantearse si fuera posible exigir responsabilidad desde cualquier otra capacidad que no sea la de autor principal (NERLICH, 2017, p. 46). No obstante, la necesaria complementariedad de los apartados 3 y 3 bis permite perseguir el crimen en todas sus formas de participación en tanto en cuanto el sujeto ostente el control de la "acción política o militar" del Estado agresor. Así, cabría exigir responsabilidad a un ministro que tenga control sobre la acción política de un Estado y que, por tanto, haya estado involucrado indirectamente en la organización o ejecución del

[4] Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010: *Elementos de los crímenes*, *op. cit.*, p. 287.

acto de agresión (al igual que acontecería con un oficial militar de alto rango) (RUYS, 2017, p. 30). Por lo tanto, es posible perseguir a los responsables bajo todos los grados de responsabilidad ya que "aunque el crimen de agresión sea un crimen de líderes, no es necesariamente un crimen sólo de autores" (NERLICH, 2017, p. 47).

Además, cabe plantearse la responsabilidad de los "extraneus" (aquéllos que participan en la preparación sin ostentar posiciones de mando). La cuestión surge dado que el tipo comprende la "planificación, preparación, inicio o realización de actos de agresión". Sin embargo, y habida en consideración la lectura del artículo 25 ECPI, la responsabilidad parece ser nula puesto que resultaría contrario al objetivo del tipo consagrar un crimen como de dirigentes y luego extender su responsabilidad mediante el instituto de la complicidad DÍAZ SOTO, 2014, p. 38).

En contraste, otras categorías de individuos se encuentran en una posición menos obvia. Así, una de las mayores críticas realizadas al crimen es su limitada responsabilidad en la práctica ya que se restringe a líderes estatales o militares. Esta disposición es contraria a la actual corriente dentro del Derecho Internacional Penal en la que prevalece la lesividad del acto sobre las características del autor (AMBOS, 2011 p. 45). En este sentido, no resulta del todo coherente que el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas haya catalogado acciones de organizaciones transnacionales como atentados contra la paz internacional, pero no se les pueda perseguir por ellos bajo este tipo (KREß; HOLTZENDORFF, 2010, p. 1190). Es más, durante los debates se planteó (sin éxito alguno) la apertura del concepto de líder o dirigente para incluir a empresarios o líderes industriales[5]. Siguiendo la literalidad del precepto, es innegable que, en ciertas ocasiones, dichos líderes cuentan con el control *de facto* de un Estado, si bien de forma indirecta (GRIFFITHS, 2002, p. 369). En cualquier caso, es comprensible que, dada la realidad del Derecho Internacional Penal en la actualidad, esta última sugerencia no fuese acogida, si bien la no inclusión de las organizaciones transnacionales resulta más difícil de aceptar. Sin ánimos de resolver aquí una cuestión tan compleja, pero sin poder evitar abrir el debate, cabría plantear también hasta qué punto sería perseguible, llegado el caso, por ejemplo, la Unión Europea o, más bien, su Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, en tanto en cuanto dentro de sus funciones puede desempeñar un

[5] Esta posición aperturista fue propuesta y defendida por Samoa en el décimo período de sesiones de la Comisión Preparatoria (1 al 12 de julio de 2002).

rol similar al de un Estado como consecuencia de la transferencia de competencias entre los Estados Miembros y la propia Unión.

En otro orden de cosas, pero reflejando el uso de conceptos tan limitados que quedan prácticamente desvirtuados, se encuentra el instituto de la tentativa. Consagrada en el artículo 25.3 (f) del ECPI, su configuración es una mezcla entre la noción francesa de tentativa, la cual exige que la ejecución de la conducta típica sea iniciada, y el *substantial step* norteamericano, por el que la acción no es menester que sea desarrollada en la fase ejecutiva del *iter criminis*, sino que comprende también dentro del concepto las acciones que se efectúan con anterioridad a la realización del tipo (AMBOS, 2005, p. 348-349). Pero, en el ECPI, el hecho de que el autor se sienta fortalecido con el "paso" no es suficiente, sino que el mismo ha de significar una aproximación efectiva al objetivo perseguido. Por lo tanto, se entiende que hay tentativa cuando se prueba claramente la voluntad del autor de realizar el acto ilícito y el mismo comienza a realizarlo.

Dada la no inclusión de referencia alguna al mismo con el nuevo apartado 3 bis, en principio es posible perseguir la tentativa de un crimen de agresión. Sin embargo, en el tercero de los "Elementos de los crímenes" se requiere "que el acto de agresión – el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la CNU – se haya cometido"[6]. Es pues el elemento *in fine* el que restringe o más bien excluye la posibilidad de exigir responsabilidad penal por la mera preparación de un crimen de agresión. En consecuencia, el único supuesto en que cabría exigir responsabilidad bajo la noción de tentativa sería en aquellos casos en los que efectivamente se cometa un acto de agresión (por lo tanto, de entidad suficiente y que cumpla los requisitos del art. 8 bis del ECPI), pero que no alcance su total potencial por razones ajenas a la voluntad del dirigente del Estado agresor.

La voluntad de los Estados Parte parece, *a priori,* que fue no limitar o eliminar la figura de la tentativa en este crimen de forma expresa, pero la realidad es que, dada la formulación del tipo en el ECPI, así como el desarrollo interpretativo del mismo en los "Elementos de los crímenes", la persecución de actos de agresión comenzados, pero no acabados tiene escasas expectativas de éxito en la realidad.

---

[6] Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010: *Elementos de los crímenes*, *op. cit*., p. 287.

4. Mecanismos de persecución

La CPI tiene, en principio, jurisdicción para conocer de los crímenes internacionales cometidos tanto por los nacionales de un Estado Parte, como por los cometidos en el territorio de un Estado Parte (art. 12 ECPI), con independencia de la nacionalidad del autor (permitiendo enjuiciar a nacionales de Estados no miembros). Sin embargo, las Enmiendas de Kampala introdujeron un precepto, el artículo 15 bis, restringiendo la competencia según el origen de la investigación.

Así pues, se establecen dos vías o mecanismos de activación de la competencia de la CPI. Por un lado, el caso puede ser remitido por un Estado Parte o investigado *motu proprio* por la Oficina del Fiscal, en cuyo caso la CPI tendrá competencia cuando el crimen sea cometido en el territorio de un Estado Parte o por los nacionales de un Estado Parte, siempre que en ambos casos ese Estado Parte no se haya opuesto expresamente y por escrito a la aceptación de las Enmiendas de Kampala (AKANDE, 2011, pp. 14-18). Por otro lado, la situación puede ser remitida por el Consejo de Seguridad de la ONU, actuando en el ámbito del Capítulo VII de la CNU y en cuyo caso la CPI mantendrá su completa jurisdicción[7]. De este modo, la CPI goza de la potestad de resolver sobre eventuales crímenes de agresión cometidos por nacionales de terceros Estados en el territorio de cualquier Estado, sea éste Parte o no en el ECPI (SOUZA DIAS, 2019, p. 569) y haya ratificado o no las Enmiendas. Esta potestad es particularmente importante habida cuenta del gran número de Estados Parte que aún no han ratificado las Enmiendas.

El Fiscal tiene la obligación de verificar previamente si el Consejo de Seguridad (CS) ha determinado o no la existencia de un acto de agresión cuando es remitido por la primera de las vías. En caso de no haberlo determinado, debe notificarlo al Secretario General de la ONU con el objetivo de que se lo comunique. Si pasados más de seis meses el CS no se ha pronunciado, el Fiscal, en gala de la independencia de la CPI, puede iniciar la investigación previa autorización de la Sección de Cuestiones Preliminares (art. 15 bis, apartados 6 al 8, del ECPI). Sin embargo, resulta interesante que se exija dicha autorización de la Sección (en pleno) y no de la Sala de Cuestiones Preliminares, como era habitual ante el resto de los crímenes, máxime cuando la Sección no tenía atribuidas

[7] En el supuesto se mantiene la jurisdicción prevista por el artículo 12 ECPI, tal y como especifica el artículo 15 ter ECPI ("Ejercicio de la competencia [de la CPI] respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad").

previamente facultades jurisdiccionales. Con esta condición se vuelve a restringir la ya limitada posible actuación de la CPI, y se hace patente la necesidad de una reglamentación de las vicisitudes inherentes al proceso de otorgamiento de la autorización (POLITI, 2012, p. 275).

En el seno de la investigación surge también la cuestión respecto a la determinación del estándar probatorio necesario para autorizar su inicio, especialmente en aquellas ocasiones en las que el Consejo de Seguridad de la ONU no se haya pronunciado. El ECPI considera que, por un lado, para decidir la apertura de una investigación, el Fiscal ha de tener en cuenta si la información disponible es fundamento razonable de la eventual comisión de un crimen internacional del que la CPI tenga jurisdicción o competencia y si su persecución redundaría en interés de la justicia, requiriéndosele un estándar más alto de conocimiento que si la remisión fuese hecha por un Estado Parte o el Consejo de Seguridad (SCHEFFER, 2012, p. 214); y, por otro lado, respecto a la petición de autorización, el artículo 49 del Reglamento de la CPI contempla los requisitos necesarios para solicitar la misma a una Sala de Cuestiones Preliminares, pero no queda delimitado cuáles serían los criterios de la Sección de Cuestiones Preliminares para autorizar o no la investigación.

En cualquier caso, y sin ignorar la independencia de la CPI y su Fiscalía (artículos 15 bis (9) y ter (5) del ECPI), el Consejo de Seguridad ostenta un poder innegable en los procedimientos. Además de las funciones explicadas y ser una de las vías de activación de la competencia, tiene también la facultad de suspender la investigación o enjuiciamiento si lo considera pertinente (artículo 16 del ECPI). Esta autoridad de emitir "luz roja" para suspender el proceso durante un plazo de doce meses (prorrogable indefinidamente) necesita de una acción positiva para bloquear la acción de la Sección de Cuestiones Preliminares (SCHEFFER, 2012, p. 6).

La activación de la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión dependía de la entrada en vigor de las Enmiendas de Kampala. Éstas estaban sujetas a 2 condiciones *sine qua non*: por un lado, a la ratificación o aceptación de las mismas por treinta Estados Parte (arts. 15 bis (2) y 15 ter (2) ECPI), la cual se produjo el 26 de junio de 2016 con la ratificación del Estado de Palestina; y, por otro lado, a la adopción de una decisión por la misma mayoría de Estados que se requiere para la aprobación de una enmienda (arts. 15 bis (3) y 15 ter (3) ECPI) (consenso o mayoría de dos tercios, conforme al art. 121 (3) ECPI), después del 1 de enero de 2017 (SCHEFFER, 2010, p. 903). La decisión se adoptó por consenso

en la decimotercera sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017, la Resolución 5 de "Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión"[8] que acordó activar la jurisdicción el día 17 de julio de 2018.

En el seno de la conferencia de Nueva York donde se llegó a dicha Resolución se acordó, tras un vibrante debate, la entrada en vigor de las Enmiendas por medio del apartado quinto del artículo 121 y, por tanto, únicamente en vigor para aquellos Estados Parte que las aceptasen o ratificasen. Mientras que algunos Estados como Argentina, Eslovenia o Suiza (Doc. ICC-ASP/16/20, 2017, pp. 98-99) se mostraron en contra de tal entendimiento (formando parte de la "posición más permisiva"), la visión de Francia (Doc. ICC-ASP/16/20, 2017, pp. 92-93) y Reino Unido (Doc. ICC-ASP/16/20, 2017, p. 99) acabó por imponerse y la "posición restrictiva" fue la finalmente adoptada. De esta forma, se concluyó que la CPI únicamente tendría competencia sobre los Estados Parte que hubiesen ratificado las Enmiendas.

Cabe señalar que, a diferencia de lo sucedido con la adopción del ECPI, las ratificaciones de las Enmiendas de Kampala se han extendido lentamente a lo largo de la última década[9]. En este sentido, a finales de 2012 únicamente Liechtenstein, Samoa y Trinidad y Tobago las habían aceptado. El ritmo de acogida aumentó en 2013 con su adopción por parte de diez Estados más, y se incrementó constantemente entre 2014 y 2016. No obstante, desde 2017 el número de Estados que las han ratificado anualmente es inferior a tres, suscitando dudas sobre el interés de la comunidad internacional por la efectiva consagración de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión. En total, únicamente treinta y nueve de los ciento veintitrés Estados Parte han ratificado o aceptado las Enmiendas (entre los que se encuentra España desde el 26 de septiembre de 2014).

Por otro lado, es ineludible mencionar la inclusión de la cláusula "*opting out*" (art. 15 bis (4) ECPI), la cual otorga la posibilidad, hasta entonces ajena al ECPI, a los Estados Parte que así lo deseen de presentar una declaración escrita ante el Secretario afirmando con carácter previo que no aceptan la jurisdicción o competencia de la CPI sobre el crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en su territorio (SOUZA DIAS, 2019, p. 590). La

[8] Resolución ICC-ASP/16/Res. 5. de "Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión".

[9] Para el listado completo de Estados Parte en el ECPI que la han ratificado, véase: Status of Ratification and Implementation of the Kampala Amendments on the Crime of Aggression (United Nations Treaty Series).

enunciación de este apartado no deja de evocar indirectamente la formulación de una reserva a los tratados, ya que trata de modular el compromiso del Estado Parte con la CPI, lo cual resulta sorprendente en tanto en cuanto las mismas están terminantemente prohibidas por el propio ECPI (CORREDOR CARVAJAL, 2012, p. 163, art. 120 del ECPI).

Esta cláusula de autoexclusión se limita a los procesos iniciados por la Fiscalía o por denuncia de otro Estado, no siendo aplicable en aquellas situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad. Dado que se ha convenido que la CPI no tendrá competencia sobre los Estados que no hayan ratificado las Enmiendas, parece que este apartado debiese quedar acotado a aquellas situaciones en que los Estados Parte que hayan ratificado las Enmiendas decidan que, por cualquier motivo o circunstancia, no desean continuar bajo la jurisdicción de la CPI respecto al crimen de agresión y, por lo tanto, renuncian a su derecho de protección en caso de ser agredidos, pero también a que sus nacionales sean perseguidos en caso de ser el Estado agresor. Sin embargo, no resultaría necesario emitir una suerte de "declaración de no aceptación de la competencia", además del mero silencio o negativa a aceptar las Enmiendas. En contraste con esta visión, la práctica demuestra que, desde la Conferencia de Kampala, este precepto se ha alegado únicamente por algunos Estados Parte que no han ratificado las Enmiendas de Kampala y que por tanto no requerían hacerlo (son los casos de Kenia el 30 de noviembre de 2015 [Doc. MFA. INT.8/14] y Guatemala el 2 de febrero de 2018 [Doc. 59-18-01]).

5. Posibilidades reales de persecución del crimen de agresión

Más allá de los obstáculos ya establecidos y que pueden considerarse inherentes al propio lenguaje jurídico del ECPI y sus Enmiendas, el mayor impedimento que se presenta a una persecución efectiva del crimen sigue siendo, como ha quedado señalado, la limitada voluntad internacional de que así se consagre. En este sentido, es necesario atender al listado de Estados no sólo que han ratificado las Enmiendas, pero también que no, y cuáles son las motivaciones de unos y otros junto con las consecuencias que eso supone para la jurisdicción de la CPI.

Por un lado, dentro de los Estados que no las han ratificado se encuentran precisamente aquellos que disponen de infraestructurales militares tales que, si así fuese su voluntad, les permitirían la fuerza necesaria para cometer acciones

potencialmente considerables como crímenes de agresión. Dentro de este grupo encontramos, entre otros, a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU que han tenido una relación tensa con la CPI y han utilizado la fuerza como medio para conseguir sus objetivos a lo largo de la historia. Anteriormente, ha quedado establecido como una de las mayores limitaciones para la persecución del crimen fue presentada (e impuesta) precisamente por Francia y Reino Unido durante las negociaciones de la Conferencia de Nueva York para restringir la jurisdicción de la CPI. Además, Reino Unido se encontraba hasta el 9 de diciembre de 2020 bajo investigación preliminar de la Fiscalía por los supuestos crímenes de guerra cometidos durante el conflicto de Irak entre 2003 y 2009. Finalmente, la Fiscal decidió cerrar el examen preliminar a pesar de que "el examen preliminar ha demostrado que hay fundamento suficiente para creer que miembros de las fuerzas británicas cometieron diversas formas de abuso contra civiles iraquíes detenidos" (apartado 493 del Informe Final sobre la "Situación en Irak/Reino Unido" de la Fiscalía de 9 de diciembre de 2020).

La relación con los otros tres miembros no es menos compleja. Así, China votó en contra de unirse a la CPI en 1998 pero se ha mantenido involucrada en el porvenir de la CPI, especialmente en torno a los poderes del Fiscal para iniciar investigaciones, que públicamente expresó que eran exorbitantes, dado que consideraba que su independencia no estaba garantizada (ZHU, 2019, pp. 587-589). Por su parte, Estados Unidos también formó parte de la negociación y redacción del ECPI, pero tampoco lo llegó a ratificar. En los últimos años su ya tensa relación con la CPI ha llegado a nuevos máximos. En 2019, denegó el visado de la Fiscal Fatou Bensouda que había entrado el país con el objetivo de realizar una investigación preliminar para presentar, en su caso, una investigación sobre los supuestos crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos desde el 1 de mayo de 2003 por soldados americanos en Afganistán. Finalmente, Rusia sí que firmó el ECPI el 13 de septiembre de 2000 pero tampoco llegó a ratificarlo. Más tarde, el 16 de noviembre de 2016, Vladimir Putin firmó la orden para retirar su firma. Mientras que dicha acción fue más una decisión simbólica que con efecto real alguno, esta retirada se dio meras horas más tarde del anuncio de la Fiscalía que planteaba considerar la situación en Crimea como un conflicto armado internacional. Contra todo pronóstico después de cerrar la investigación de Reino Unido, la Fiscalía emitió una Declaración el pasado 11 de diciembre de 2020 en la que expresamente estableció que "el potencial caso que derivaría de la investigación sobre la situación en Ucrania sería admisible" (Declaración de la Fiscalía del 11 de diciembre de 2020). Rusia pues vuelve a estar en el seno de una investigación de la

CPI por sus actuaciones internacionales. Además, las actuaciones de las fuerzas rusas en territorio sirio han aumentado en los últimos años (aún más) una relación ya tirante.

Otro Estado que no ha ratificado las Enmiendas es el Estado de Israel, si bien es cierto que se encuentra en el centro de una investigación de la Sala de Cuestiones Preliminares. El 28 de enero de 2020 se emitió una orden en relación con los crímenes cometidos en los territorios ocupados de Palestina, con el fin de aclarar el alcance de la CPI sobre los mismos. Esta no es la primera vez que Israel llama la atención, sino que, tras el bombardeo del cuartel general de la Organización para la Liberación de Palestina de 1985 y, después de matar en 1988 a uno de sus oficiales y otras tres personas, el Consejo de Seguridad condenó la "agresión" de Israel mediante una resolución, si bien no se trasladó en la toma de otras medidas (STEIN, 2005, p. 8). Al igual que Rusia, la República de Turquía ha suscitado críticas por sus actuaciones en Siria, especialmente Amnistía Internacional denunció la perpetración de supuestos crímenes de guerra en el norte de Siria contra los kurdos. Mientras que no ha ratificado el ECPI, Turquía ha declarado varias veces su intención de hacerlo y ha instado públicamente a la CPI a investigar a otros países, como Israel, por supuestos crímenes de guerra.

Todos estos Estados han mostrado repetidamente que tienen la fuerza para cometer, si así lo desean potenciales crímenes de agresión y ninguno de ellos ha mostrado voluntad de verse sujeto a la jurisdicción de la CPI en particular para el crimen que aquí nos concierne (como son los casos de Reino Unido y Francia que la han limitado al máximo en cada negociación), ni en general para ningún otro crimen el resto de los Estados Miembros del Consejo de Seguridad.

Por otro lado, gran parte de los Estados que han ratificado las Enmiendas están gobernados por un mandato constitucional de neutralidad que limita o directamente evita la comisión de posibles crímenes de agresión. En este sentido, podemos mencionar a Estados como Alemania, Chipre, Japón o Suiza. De hecho, Suiza mantiene la política de neutralidad militar más antigua del mundo, a pesar de mantener un ejército con fines de defensa.

Luego, también hay Estados que las han ratificado pero cuyas fuerzas armadas son residuales o nulas. Es el caso, entre otros, de Liechtenstein, Luxemburgo, Andorra, San Marino, Malta o Macedonia de Norte. Así como del caso paradigmático de Costa Rica que no posee un ejército nacional, y cuya Ley de Neutralidad Perpetua prohíbe su intervención en conflictos bélicos.

Finalmente, hay otro tipo de Estados cuya motivación para ratificar las Enmiendas y el ECPI de forma simultánea es tratar de evitar ser víctimas de un crimen de este calibre por parte de sus Estados vecinos. Éste es el caso de Palestina, cuya calificación como Estado no es pacífica ya que, si bien tiene estatus de "Estado observador no miembro de la ONU" y hay un gran número de Estados que lo reconocen como tal (más de ciento cincuenta actualmente), también hay al menos cincuenta Estados que no (incluyendo a gran parte de los Estados Miembros de la Unión Europea). Desde mayo de 2020, una investigación preliminar está abierta en su segunda fase, con la finalidad de evaluar la competencia territorial de la CPI para exigir responsabilidad por los presuntos crímenes cometidos en el territorio palestino ocupado desde el 13 de junio de 2014.

Por lo tanto, la realidad es que los Estados que han ratificado las Enmiendas difícilmente llegarán a cometer un crimen de agresión y, sin embargo, dentro del elevado número de Estados que no las han aceptado se encuentra un grupo que cuenta con los medios (y eventualmente la voluntad) para cometerlo. Esta situación no deja de levantar el recelo de parte de la comunidad internacional que ve la activación de la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión como un paso intermedio en el proceso de exigencia de responsabilidad en vez de completarlo como era el proyecto inicial.

Conclusión

El camino hacia la consagración del crimen de agresión como el crimen internacional supremo y hacia la completa configuración de la jurisdicción de la CPI sobre el mismo ha sido un proceso prolongado en el tiempo y que no ha terminado. Lo logrado en las Conferencias de Kampala y Nueva York es uno de los mayores éxitos del Derecho Internacional Penal de las últimas décadas y es evidencia de la voluntad de la Comunidad Internacional de culminar el camino iniciado con el deseo de eliminar los usos de fuerza de las relaciones internacionales.

Sin embargo, numerosas razones generan recelo sobre la efectividad de este logro, ya que más significativa que la consecución de un consenso respecto de la definición del crimen es la existencia de una posibilidad real de poder exigir responsabilidad penal individual a los que lo cometan. De entre los motivos que apoyan esta conclusión son destacables, por un lado, la existencia de una regulación incompleta de ciertos elementos del crimen, como puede ser la novedosa

referencia a la Sección de Cuestiones Preliminares y la falta de una regulación sobre la autorización y el estándar de prueba necesario, o la falta de concreción de términos inherentemente amplios como los encontrados para determinar el umbral de gravedad exigido que dejan prácticamente en su totalidad la determinación de los mismos a discreción de los jueces de la CPI. Por otro lado, también plantea dificultades para la persecución del crimen el uso de términos excesivamente rígidos como el de "dirigentes", que deja fuera a posibles autores de este tipo de atrocidades como son las organizaciones no estatales o el limitado papel otorgado a la tentativa que, dado el tenor literal de los Elementos del crimen se reduce a una posibilidad prácticamente meramente teórica. Asimismo, es particularmente importante remarcar el escaso apoyo conseguido a nivel internacional, como demuestra el bajo número de ratificaciones de las Enmiendas de Kampala y la incertidumbre general que rodea a este crimen. Más allá del escaso número de Estados que han aceptado las Enmiendas, es primordial hacer hincapié en cuáles son los Estados que las han ratificado y, más importante, cuáles no las han ratificado, así como cuáles han participado activamente en todas las ocasiones en que se han debatido las vicisitudes del crimen con el objetivo último de limitarlo a su mínima expresión, sobre todo en los casos en que el Consejo de Seguridad no apoya o directamente propone la persecución de un acto como potencial crimen de agresión. Es innegable pues el papel que el Consejo de Seguridad sigue manteniendo en la CPI y, sobre todo, el poder que goza respecto al crimen de agresión al poder no solo proponer activar la jurisdicción, pero también suspenderla si lo considera oportuno. Estas facultades, exorbitantes podrían argumentarse, parecen una contradicción con la establecida independencia de la CPI y su Fiscalía.

Este trabajo no pretende ignorar los avances conseguidos, sino poner en el centro de la cuestión la limitada posibilidad real de persecución judicial internacional del crimen de agresión por parte de la CPI. Así, mientras que las bases legales (si bien restrictivas) están ya asentadas y existe voluntad en (parte de) la comunidad internacional para que la activación de la competencia o jurisdicción de la CPI permita una efectiva persecución a los responsables de este crimen, aún quedan elementos por concretar y el papel del Consejo de Seguridad para tener en cuenta. Dado el consenso alcanzado, existe un fundamento que sustenta la esperanza de que una verdadera persecución sea posible, si bien habrá que esperar a la actuación de la CPI para verla realizada.

REFERÊNCIAS

AKANDE, D. "Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council", *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2011, núm. 10.

AMBOS, K. *El crimen de agresión después de Kampala.* Madrid: Dykinson, 2011.

AMBOS, K. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* E. Malarino (trad.). Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

AMBOS, K. *Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BERMEJO, R. "El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg", en: Y. Gamarra Chopo; C. Fernández Liesa (Coords.). *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 2015, pp. 217-246.

BOU FRANCH, V. "Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en: C. E. Febres Fajardo (Coord.). *El Derecho Internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a D. Carlos Febres Poveda. Vol. 2*. Mérida (VEN): Universidad de los Andes, 2006, pp. 151-226.

CASSESE, A. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CORREDOR CARVAJAL, I. F. *El crimen de agresión en Derecho Penal Internacional: Responsabilidad del individuo por actos de Estado.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.

DÍAZ SOTO, J. M. "Una aproximación al crimen internacional de agresión", *Revista Derecho Penal y Criminología,* 2014, núm. 35 (99), pp. 11-60.

GILLETT, M. "The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review,* 2013, núm. 13, pp. 829-864.

GRIFFITHS, R. L. "International Law, the Crime of Aggression and the *ius ad bellum*", *International Criminal Law Review,* 2002*,* núm. 2 (4), pp. 301-376.

JUSTE RUIZ, J.; CASTILLO DAUDÍ, M.; BOU FRANCH, V. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

KREß, C.; HOLTZENDORFF, L. V. "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice,* 2010, núm. 8 (5), pp. 1179-1217.

NERLICH, V. "The Crime of Aggression and Modes of Liability-Is There Room Only for Principals?" *Harvard International Law Journal,* 2017, núm. 58, pp. 44-47.

O'CONNELL, M. E.; NIYAZMATOV, M. "What is Aggression? Comparing the *Jus ad Bellum* and the ICC Statue", *Journal of International Criminal Justice,* 2012, núm. 10, pp. 189-207.

ONYEJI, I.; BAZILIAN, M.; BRONK, C. "Cyber security and critical energy infrastructure", *Electrical Journal,* 2014, núm. 27 (2), pp. 54-55.

OROZCO TORRES, L. E. *El crimen de agresión en derecho internacional contemporáneo.* Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2019.

POLITI, M. "The ICC and the Crime of Aggression. A dream that came though and the reality ahead", *Journal of International Law,* 2012, núm. 10, pp. 267-288.

RUEDA FERNÁNDEZ, C. *Delitos de Derecho Internacional, tipificación y represión internacional.* Barcelona, Bosch, 2002.

RUYS, T. "Justiciability, Complementarity and Immunity: Reflections on the crime of aggression", *Utrecht Law Review,* 2017, núm. 13 (1), pp. 18-33.

SCHEFFER, D. "The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute", *Leiden Journal of International Law,* 2010, núm. 23, pp. 897-904.

SOUZA DIAS, T. "The Activation of the Crime of Aggression before the International Criminal Court: Some Overlooked Implications Arising for States Parties and Non-States Parties to the Rome Statute", *Journal of Conflict and Security Law,* 2019, núm. 24 (3), p. 567-591.

STEIN, M. S. "The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive Is the Security Council's Power to Determine Aggression?", *Indiana International & Comparative Law Review,* 2005, núm. 16 (1), pp 1-36.

ZHU, D. "China, the International Criminal Court, and global governance". *Australian Journal of International Affairs,* 2019, núm. 73 (6), pp. 585-608.

Documentación

Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010. *Elementos de los Crímenes*, <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf>

Anexo III de la Resolución RC/Res. 6 (Kampala, 11 de junio de 2010): Crimen de agresión, <https://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf>

Declaración de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. "Sobre la conclusión de la investigación preliminar de la situación en Ucrania" (11 de diciembre de 2020), <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-otp-statement-ukraine >

Documento 59-18-01 (16 de enero de 2018): *Declaración de no aceptación de la República de Guatemala a la competencia de la Corte Penal Internacional respecto al crimen de agresión, Artículos 5,1 2; 15bis.; 121.5 del Estatuto de Roma*, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/20180206142750.pdf>

Documento ICC-ASP/16/20. (2017). *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Decimosexto período de sesiones, Nueva York, 4 a 14 de diciembre de 2017. Documentos Oficiales*. Volumen I, pp. 98-99, <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP16/ICC-ASP-16-20-vol-I-SPA.pdf>

Documento ICC-BD/01-01-04: *Reglamento de la Corte, aprobado por los magistrados de la CPI el día 26 de mayo de 2004, en la Quinta sesión plenaria de La Haya (18-28 de mayo de 2004)*, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtSpa.pdf >

Documento MFA. INT.8/14 vol. X (86) (30 de noviembre de 2015): *Declaración de Kenia, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 15 bis del Estatuto de Roma, a efectos de no aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión*, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/2015_NV_Kenya_Declaration_article15bis-4-SPA.pdf>

Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998). *BOE*, núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18.824-18.860, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10139>

Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Núremberg, 8 de agosto de 1945), <https://tinyurl.com/estatutonuremberg>

Informe final "Situación en Irak/Reino Unido" (9 de diciembre de 2020). Fiscalía de la Corte Penal Internacional. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/201209-otp-final-report-iraq-uk-eng.pdf>

International Military Tribunal (Nuremberg) Judgement and Sentences (1947). *American Journal of International Law*, núm. 41, pp. 192-213.

NU. Doc. A/RES/3314 (XXIX), (14 de diciembre de 1974): "Definición de la agresión", <https://undocs.org/es/A/RES/3314(XXIX)>

NU. Documento A/CN.4/76 (1950), "Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Periodo comprendido entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950", Asamblea General, documentos oficiales: quinto periodo de sesiones. Suplemento núm. 12 (A/1316), pp. 11-15, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N50/389/30/pdf/N5038930.pdf?OpenElement>

Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de abril de 1919), <https://dudh.es/pacto-de-la-sociedad-de-naciones-1919>

Protocolo para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales (Ginebra, 1 de octubre de 1924), <https://www.wdl.org/es/item/11582>

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part. 2). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*. Vol. II, 2ª parte,

Resolución ICC-ASP/16/Res. 5. de "Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión", <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-SPA.pdf>

Tratado General de Renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928, <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/PACTO%20BRIAND%20KELLOG.pdf>

A ASSIMETRIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS DEMONSTRADA PELO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: herança do sistema inquisitório no sistema processual penal brasileiro

Mariana Dal-Bello do Amaral
Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
mariana.dba.95@gmail.com

Paola de Andrade Porto
Universidade Estácio de Sá
Niterói, Brasil
paolaporto@id.uff.br

Ozéas Corrêa Lopes Filho
Universidade Federal Fluminense
Niterói, Brasil
olopes@id.uff.br

Resumo: O desenvolvimento das formas de criminalidade nas sociedades modernas fez com que os Estados ao redor do mundo passassem a utilizar diversos mecanismos de investigação e meios de obtenção de provas menos tradicionais e até mesmo controversos. Em países como Itália, Estados Unidos, Brasil e Espanha, a colaboração do acusado é mecanismo que se encontra presente em seus respectivos ordenamentos jurídicos, cada qual à sua maneira. No Brasil, a colaboração premiada, contida na Lei nº 12.850 de 2 de agosto 2013 – Lei de Organizações Criminosas – é definida como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, e possui forte inspiração nos mecanismos italiano e estadunidense. Nesse sentido, em que pese a necessidade de corresponder à complexidade dos crimes praticados por tais organizações, Estados de Direitos, comprometidos com o regime democrático, não podem permitir que seus órgãos acusatórios sobreponham-se a direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos, tampouco acumulem funções de acusar e julgar amparados em uma lógica de barganha advinda do direito civil e que forçosamente busca-se adequar ao procedimento penal, sob pena de jamais deixar no passado as raízes inquisitoriais que rondam o direito processual penal brasileiro.

Palavras-chave: Sistema Inquisitório. Estado Democrático de Direito. Provas. Organização Criminosa. Colaboração Premiada.

Abstract: The development of forms of crime in modern societies has led States around the world to use different investigative mechanisms and less traditional and even controversial means of obtaining evidence. In countries such as Italy, the United States, Brazil and Spain, the collaboration of the accused is a mechanism that is present in their respective legal systems, each in its own way. The brazilian plea bargain, contained in Law No. 12,850 of August 2, 2013 - Criminal Organizations Law - is defined as a procedural legal business and means of obtaining evidence, which presupposes public interest and utility, and is strongly inspired by Italian mechanisms and American. In this sense, despite the need to respond to the complexity of the crimes committed by such organizations, States of Rights, committed to the democratic regime, cannot allow their prosecuting bodies to override constitutionally recognized rights and guarantees, nor to accumulate functions of accusing and judging supported by a bargaining logic that comes from civil law and that necessarily seeks to adapt to criminal proceedings, under penalty of never leaving the inquisitorial roots that surround Brazilian criminal procedural law in the past.

Keywords: Inquisitorial System. Democratic state. Evidences. Criminal Organization. Plea Bargain.

1. INTRODUÇÃO

A intenção do presente trabalho é demonstrar, a partir do método de estudo de pesquisas bibliográficas e análise de julgados, como o processo penal contemporâneo brasileiro ainda guarda proeminente semelhança com as características autoritárias pertinentes ao sistema inquisitório, mesmo estando sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CBRF), cuja principal característica é a proteção e garantia dos direitos humanos fundamentais da vida e da liberdade, perpassando pelo fortalecimento dos Princípios do Contraditório, Ampla Defesa, Devido Processo Legal, Igualdade Processual, Não Culpabilidade, Inafastabilidade da Jurisdição, entre outros.

Entretanto, existem ferramentas dúbias, como o instituto da colaboração premiada, presente na lei de organizações criminosas, que se utiliza de alicerces mais próximos ao direito civil para justificar a validade de depoimentos delatórios a partir de uma lógica contratualista apoiada no conceito de negócio jurídico e muito amparada, acredita-se, na noção de unidade processual dada pela teoria geral do processo, buscando assim estabelecer uma unicidade interpretativa acerca dos procedimentos processuais no Direito Penal e no Direito Civil.

Tal prática, quando realizada de maneira seletiva e majoritariamente buscando a simples adequação da estrutura processual penal à civil, mas utilizando-se de ferramentas daquela, como a prisão preventiva, por exemplo, torna-se temerária e extremamente prejudicial aos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos pela Constituição da República de 1988, na medida em que pondera a utilização de institutos processuais pela defesa e permite a utilização de outros pela acusação, evidenciando a intenção de perpetuar a lógica inquisitorial de monopólio sobre a gestão da produção de provas e, por conseguinte, da construção da verdade dos fatos.

Nesse cenário e, por meio da "justiça criminal negocial", tem-se uma mitigação das garantias constitucionais protetivas de liberdade do indivíduo, a fim de se buscar, a desmedidos custos, a condenação de investigados em vultuosas operações capitaneadas pelo Ministério Público. Assim, pode-se dizer que tais mecanismos começaram a ser introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais pujante, por meio da Lei dos Juizados Especiais - Lei 9099/95, com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, passando a formas mais complexas como o caso da colaboração premiada, prevista na Lei de Organizações Criminosas - Lei 13.850/2013, e cuja análise crítica se debruçará o presente estudo, sobretudo em se tratando das recentes decisões proferidas por ministros da Suprema Corte deste país, guardiã máxima da Constituição Federal de 1988, sem, contudo, ter-se em mente o esgotamento do tema.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal tem apontado uma possível mudança de interpretação para o tratamento dado ao instituto da colaboração premiada quanto à intervenção, por terceiro delatado, antes do ajuizamento de ação penal contra este último e cujo teor será abordado no desenvolver deste estudo.

Com o escopo de elucidar as proposições levantadas, o presente estudo utilizou o método descritivo, trabalhando com dados e fatos colhidos da própria realidade jurídica, buscando empreender uma abordagem qualitativa acerca dos materiais analisados e dispostos a seguir.

Para uma melhor compreensão acerca do contexto atual em que se encontra o processo penal brasileiro, em especial, as formas procedimentais entendidas como viáveis e compatíveis com o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988, entende-se ser imprescindível a

realização de um resgate histórico acerca das principais características dos sistemas de organização da persecução e organização procedimental penal, quais sejam, os sistemas inquisitorial e acusatório.

2.1 SISTEMA INQUITÓRIO E SISTEMA ACUSATÓRIO

Os regimes estruturantes do direito processual penal guardam forte dependência e conexão com os regimes de poder político nos quais são empregados. Isso porque, a depender do tipo de regime que se pretende implementar em determinada nação, serão editadas normas jurídicas mais ou menos autoritárias e/ ou democráticas.

Dessa forma, considerando o atual panorama do procedimento penal brasileiro, sobretudo à luz das normas que o regulamentam, em especial a Constituição Federal de 1988, promulgada em um período de reconstrução dos pilares democráticos e garantidores dos direitos fundamentais humanos, e do Código de Processo Penal, que em que pese ter sofrido algumas modificações a fim de adequar-se ao texto Maior, possui sua estrutura de procedimentos de investigação (e outros dispositivos que tratam da parte processual propriamente dita) baseada em artigos produzidos em 1941 e que, portanto, trazem diferentes características ao cenário processual brasileiro, faz-se necessária a apresentação dos principais elementos dos sistemas inquisitório e acusatório.

Na antiguidade, as relações entre indivíduos eram regidas por costumes e culturas das mais diferentes formas, e seus conflitos costumavam ser resolvidos dentro do seio privado, sem que houvesse qualquer tipo de monopólio punitivo senão por parte daquele que teve seu direito pessoal prejudicado. Contudo, a partir do desenvolvimento coletivo oriundo da aceitação de uma convivência em comunidade, formas de concentração de poder passaram a ser utilizadas a fim de propiciar a uma pequena parcela da sociedade privilégios que garantissem a manutenção de sua condição econômica mais abastada diante dos demais componentes da comunidade.

Nessa via, para justificar a manutenção de tais regalias, tem-se em um primeiro momento histórico, fortemente marcado por meios místicos e metafísicos, e, portanto, religiosos, que possuíam respostas em si mesmos, formas de hierarquizar as relações de poder, bem como justificar a punição daqueles que, porventura, viessem a se comportar dessoando da ordem político-religiosa então vigente.

Dessa forma, a figura do líder divino, traduzido na corporatura do governante, tomava para si o direito de persecução, que deixara de ser privado, passando a ser público, com a justificativa de promover a paz social e impedir a reprodução daquilo que se conhece por *lei de talião* ("olho por olho e dente por dente"). Contudo, tem-se que, em realidade, o monopólio da detenção das formas de repressão e punição tinha o fim de monopolizar e aumentar ainda mais o poder nas mãos do soberano e, consequentemente, dos líderes religiosos que aglutinavam inclusive os conhecimentos literários e científicos.

A partir dessa lógica de manutenção de poder por meio do monopólio do poder divino de punição e purgação de pecados, nascia o regime inquisitório, que pelo próprio nome, remete ao período da Santa Inquisição, em que a Igreja Católica realizava a perseguição em massa daqueles que se levantassem contra a ordem posta e os dogmas por ela estabelecidos, sobretudo devido ao aumento de novas outras crenças religiosas devido à reforma religiosa do século XVI. Não tinha, portanto, o referido sistema a pretensão de julgar ou punir indivíduos por danos causados ao patrimônio, vida ou qualquer outro bem alheio, senão perpetuar as estruturas de poder vigentes (KHALED JR., 2010, p. 295).

Nas palavras de Jacinto Coutinho (apud, LOPES JR., 2018, p. 42):

> trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo já conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico em sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada de agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido.

Assim sendo, as características do sistema inquisitório apontam para procedimentos extremamente autoritários, podendo iniciar sua descrição pelo papel desempenhado pelas partes (que era irrisório) e em especial pelo julgador, que no procedimento, possuía considerável protagonismo e extremo ativismo em todas as fases do processo, incluindo a colheita de provas.

Nesse sentido, o juiz inquisidor acumulava em si as funções de investigador, acusador e julgador não permitindo, por óbvio, a construção de uma estrutura dialética e tampouco do contraditório. Dessa forma, não havia espaço para a imparcialidade, uma vez que aquele que seria o responsável pela produção da sentença era o mesmo que produziria a prova que serviria de escopo para proferir a sua própria de decisão (LOPES JR., 2018, p. 42).

Outra característica que merece ser levantada é justamente a questão da busca pela verdade que, ainda nos dias de hoje, levanta discussões e divide opiniões no meio jurídico. Isso porque parte da doutrina tradicional defende que a atividade probatória no processo penal se rege pelo princípio da verdade real em detrimento da verdade formal (MIKASA, 2009, p. 321).

Pode-se afirmar que tal herança advém das raízes inquisitoriais que ainda permeiam o processo penal brasileiro, sobretudo porque o juiz, no sistema inquisitório histórico, ao atuar como verdadeira parte, isto é, investigar, dirigir e acusar no processo, o fazia no sentido de buscar ratificar uma "verdade" que era construída por suas convicções prévias e eram extraídas da confissão do réu, já direcionadas às pretensões acusatórias do acusador. Eis, portanto, mais uma característica deste sistema: a desigualdade de armas e de oportunidades.

A partir do exposto, um outro ponto que possui grande importância na caracterização do sistema processual inquisitivo, são os meios de constituição e produção de provas. Não existia uma preocupação com os meios de obtenção em si, uma vez que a confissão era o fim almejado, sendo considerada a rainha das provas. Dessa forma, não havia critérios ou mesmo direitos a serem observados quando da persecução probatória, tendo em vista que a busca pela verdade era tida como a missão sagrada perseguida pelo juiz inquisidor.

Dito isso, como contrapartida ao sistema inquisitório, existe o acusatório, que possui características essencialmente mais compatíveis com regimes de governo democráticos, comprometidos com o Estado de Direito e os direitos e garantias individuais na medida em que separa as funções de julgar, acusar e produzir provas, estando esta última ação, delegada às partes (acusação e defesa) que passam a possuir a gestão da prova, criando deste modo, condições de imparcialidade para que o magistrado decida a demanda com fundamentos produzidos somente dentro da estrutura processual (LOPES JR., 2018, p.44).

Desta maneira, entende-se ser necessário destacar alguns dos pontos levantados anteriormente, de forma a propiciar um melhor entendimento sobre as discrepâncias entre os citados sistemas. Como adiantado, a imparcialidade do juiz perpassa pelo seu afastamento da iniciativa probatória de ofício, pertencendo às partes a incumbência de trazer ao bojo processual tudo aquilo (e, por que não, somente aquilo) que lhes soar pertinente.

Assim, ao contrário do que se possa imaginar, o julgador, ao afastar-se da produção probatória não perde espaço na relação processual, mas ganha

protagonismo na medida em que sua posição de garantidor da salvaguarda dos princípios constitucionais e processuais penais possibilita que decida de maneira verdadeiramente imparcial, apenas com o que fora apresentado pelas partes no decorrer do procedimento. Assim, entendendo pela insuficiência de provas incriminadoras, deveria o magistrado optar pela absolvição do réu, seguindo a previsão do Texto Maior.

Como mencionado anteriormente, o protagonismo das partes no processo penal, assim como ocorre no processo civil, principalmente a partir da redação do Código de Processo Civil de 2015, também é preconizado pelo sistema acusatório, com vias a possibilitar a paridade de armas entre elas.

Dessa forma, por esta característica, os adversários devem possuir igualdade de oportunidades no processo, incluindo a publicização dos atos processuais e a possibilidade de resistência e contraditório para cada um deles. Contudo, ao contrário da codificação civil, o conjunto de normas que regem o procedimento penal brasileiro ainda carrega heranças de uma época obscura na história nacional, como se verá adiante.

2.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – BREVE HISTÓRICO SOBRE SEU PERÍODO DE FORMULAÇÃO E ALGUMAS CARACTERÍSTICAS

Primeiramente, é importante que se diga que as perspectivas trazidas neste capítulo não buscam exaurir as vias de discussão e possibilidades de abordagem dos fatores histórico-políticos que compuseram o panorama em que foram redigidos os textos do Código de Processo Penal (CPP) e da Constituição da República de 1988. Assim, uma maior atenção será dada ao contexto histórico de outorga do texto do decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.

Inclusive, chama-se especial atenção para o tipo normativo do dispositivo legal em análise: um decreto-lei consistia em ato privativo do Presidente da República, que permitia que este legislasse sobre determinados temas, à exceção dos ressalvados pelo texto constitucional de 1937. Deve-se destacar que tal ação era permitida ainda em caso de dissolução da Câmara dos

Deputados.[1] Ou seja, não havia nenhum tipo de discussão ou aprovação realizadas pelas Casas Legislativas, representantes do poder popular.

Nesse sentido, passados quase 80 anos desde a vigência do texto processual penal, e mesmo sob a vigência de uma Constituição garantista, tal como é o Texto Maior de 1988, o procedimento penal no Brasil ainda se encontra maculado pela estrutura autoritária que permeia a Codificação penalista anteriormente citada.

Isso porque, quando de sua elaboração, o Brasil encontrava-se sob o regime autoritário imposto por Getúlio Vargas entre 1937 e que perdurou até 1945 (e é historicamente conhecido como "Estado Novo"), sendo que, neste período, houve a outorga de um novo texto constitucional em 1937 que, além de prever a dissolução do Congresso, destinava grande concentração de poder nas mãos do chefe do Executivo. Nessa via, segundo MORAES, 2015, p. 65: "Em decorrência do estado de emergência que, na própria Constituição do Estado Novo, foi decretado por tempo indeterminado, operou-se a suspensão de garantias constitucionais em todo o território nacional".

Importante destacar que tanto a Constituição de 1937 como o Código de Processo Penal foram elaborados por Francisco Campos, sendo certo que a primeira possuía inspiração nas Constituições da Itália e da Polônia, ambas caracterizadas pela submissão ao regime fascista (VICENTINO; DORIGO, 2004, p. 364, apud TUPINAMBÁ, 2017, online).

---

[1] Art 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:
a) modificações à Constituição;
b) legislação eleitoral;
c) orçamento;
d) impostos;
e) instituição de monopólios;
f) moeda;
g) empréstimos públicos;
h) alienação e oneração de bens imóveis da União.
Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

Tal intenção autoritária e supressora de garantias fundamentais fica ainda mais evidente a partir da leitura da exposição de motivos do CPP, cujo pequeno trecho destaca-se a seguir:

A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE

(...) As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (...) O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Pelo exposto, pode-se perceber a intenção cristalina do relator do projeto em suprimir direitos e garantias essenciais aos cidadãos, em especial diante do poder punitivo e coercitivo do Estado, utilizando-se, para tanto, de ferramentas como o monopólio da privação de liberdade como forma de domínio sobre os corpos, e da atribuição dada ao juiz para a iniciativa de produção de provas complementares e supletivas no curso da instrução penal, tal como na Santa Inquisição, *in verbis*:

AS PROVAS

(...) Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar *o in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

Passadas décadas de vigência do texto legal que, como dito, possui características autoritárias em sua estrutura, algumas reformas foram realizadas com o intuito de adequá-lo aos princípios da Carta Maior de 1988. Desde as reformas de 2008 (Leis 11.689/2008 e 11.719/2008) e considerando a mais atual,

pela via do "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019), que inclui expressamente a estrutura processual acusatória como fundante do processo penal brasileiro – artigo 3º-A[2] –, algumas mudanças foram propostas sem, contudo, haver alterações expressivas quanto à gestão da prova, que continua passando pela iniciativa do juiz, como preceitua o artigo 156, do Código Processual Penal[3].

Diante do exposto, pode-se constatar que a manutenção de características eminentemente inquisitoriais na estrutura da Codificação Processual Penal brasileira, além de contribuir para o distanciamento da aplicação plena dos direitos e garantias dispostos na Constituição Federal vigente, impulsionam o alastramento da estrutura inquisitorial para outros procedimentos previstos nas leis especiais penais, como é o caso do instituto da colaboração premiada, previsto na Lei de Organizações Criminosas (12.850/2013), cujas semelhanças se buscará evidenciar a seguir.

2.3 PRODUÇÃO DE PROVAS À LUZ DA LEI 12.850/2013 E O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Como se pode depreender pelo ano de promulgação da Lei 12.850, este conjunto normativo que visa combater as organizações criminosas é bastante recente na realidade jurídica brasileira, mas conta com um importante histórico de implementação de outras realidades jurídico-sociais. Portanto, para melhor compreensão do tema em análise, faz-se necessário abordar brevemente como tais conjunturas puderam, a partir de suas peculiaridades, influir para a implementação da colaboração premiada como meio de produção de provas nos crimes praticados pelos aparelhamentos criminosos modernos no Brasil.

---

[2] Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[3] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008;II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

2.3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO E AS INSPIRAÇÕES PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Como dito anteriormente, a gestão da prova é importante elemento para a caracterização de um sistema processual acusatório cujo grau de comprometimento seja compatível com o Estado de Direito e as garantias pertinentes aos direitos fundamentais consagrados como princípios constitucionais democráticos na Carta Maior de 1988, podendo-se citar especialmente o Contraditório, a Ampla Defesa, a Igualdade Processual e a Inafastabilidade da Jurisdição e a Não Culpabilidade.

Nessa medida, mesmo que os meios de produção de prova necessitem se amoldar de acordo com as novidades trazidas por aqueles que buscam burlar as regras penais e cometer infrações, é necessário que as autoridades estatais sempre observem tais princípios constitucionais e processuais penais, uma vez que visam promover a segurança jurídica e a responsabilização condizente com o Estado Democrático e de Direito.

Considerando o exposto, as formas de organização adotadas por aqueles que pretendem obter vantagens com a prática de crimes têm, ao longo do tempo, se tornado cada vez mais complexas, de modo a envolver aparelhamentos tais que contam com verdadeiras estruturas hierárquicas, dotadas de tamanho poder e influências políticas que entendeu-se ser necessária a adoção de medidas tangenciais ao aparato coercitivo punitivo tradicional do Estado.

Por tal motivo e com o escopo de combater as máfias, que inicialmente eram formadas por grupos familiares que tinham como principal característica a hierarquia entre seus membros, que o instituto da colaboração premiada ganhou pujança no cenário jurídico, a partir da adoção de negociações entre órgãos acusatórios e indivíduos investigados pelo seu pertencimento às ditas estruturas. Dessa forma, dois países merecem destaque, não somente pelo protagonismo quanto à utilização mais intensa de tal ferramenta, mas também pela influência que exercem sobre o tratamento do instituto pelas autoridades brasileiras, quais sejam: Itália e Estados Unidos.

Sobre o modelo italiano, o instituto da delação premiada tem suas raízes em episódio ocorrido em Palermo, que culminou no assassinato de dois juízes que investigavam a máfia italiana, em 1992, fato que despertou a atenção das autoridades para o tamanho do potencial de embate destes tipos de criminosos frente ao Estado. Visando combater a projeção global que tomaram as

organizações criminosas, no ano 2000, foi criada a Convenção de Palermo (ou Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado e Transnacional) em referência aos magistrados mortos na Itália (LOPES, 2019, p. 4).

Assim, meios de investigação mais contundentes foram previstos, dentre eles a possibilidade de o órgão ministerial, detentor do direito de ação, mas que dele só pode dispor em caso de existência de condições probatórias mínimas que possibilitem a denúncia, em acertar acordos com os investigados, permutando benesses na cominação das penas em troca de informações sobre as organizações criminosas às quais integram tais averiguados (SANTOS, 2017, p. 144 e 145).

Nessa via, o procedimento penal italiano prevê alguns tipos de transação entre ministério público e acusado, dentre os quais o denominado *patteggiamento*, em que a transação se dá por meio da negociação da pena entre acusado e ministério público (SANTOS, 2017, p.146 e 147)

Já no que diz respeito ao sistema norte-americano, em breve análise sobre o *plea bargaining*, como é conhecido o procedimento de barganha entre ministério público e acusado, pode-se dizer que o sistema possui uma ampla utilização no direito estadunidense, tendo em vista a característica de ampla discricionariedade quanto à propositura da ação penal pelo órgão ministerial, não existindo, portanto, controle jurisdicional quanto a este ponto (SANTOS, 2017, p.136).

Ainda sobre o sistema norte-americano, destaca-se o fato de que a prestação jurisdicional acaba sendo deixada em segundo plano, uma vez que o receio pelo enfrentamento da persecução processual penal leva muitos suspeitos a sequer cogitarem tal possibilidade, declarando sua culpabilidade e aceitando as penas propostas nos acordos. Por tal motivo, o direito a um julgamento acaba por se tornar outra forma de punição, tendo em vista que as penas em definitivo podem majorar em cerca de quatro vezes mais em relação àquelas oferecidas na barganha (SANTOS, 2017, p.137).

À título de exemplo, traz-se o caso *Pollard v. U.S.*, apresentado por SANTOS (2017, p.141):

> Em Pollard v. U.S. (1992)22, precedente da Corte do Circuito da Capital (D.C.Cir.), o réu foi acusado de conspiração internacional, porquanto teria passado informações confidenciais do Departamento de Defesa norte-americano ao governo de Israel. A fim de facilitar a obtenção do acordo, a promotoria estendeu a acusação à mulher de Pollard, seriamente doente à

> época, enquadrando-a como partícipe. Ambos pactuaram, mediante a promessa de tratamento penal mais benigno à esposa. Posteriormente, Pollard impugnou a declaração de culpa, obtemperando que teria sido fruto de uma coação mental e emocional levada a cabo pela promotoria. A Corte, entretanto, ao negar o pleito, alegou que a manifestação da vontade do réu foi perfeitamente livre, eis que não houve ameaças ilícitas ou abusivas, violência, nem tampouco promessas falsas ou impróprias (v.g., suborno). A Corte chegou a asseverar que Pollard ainda deveria agradecer o package deal, considerados os benefícios concedidos à consorte.

Cabe mencionar que existem países em que a colaboração premiada ainda se encontra em processo de desenvolvimento e aprimoramento do instituto, devido, sobretudo, à complexidade dos direitos e garantias postos em questão. Nesse sentido, a realidade do sistema acusatório processual penal espanhol aponta para uma possível potencialização do princípio da oportunidade, baseado no interesse público, em que se permita a suspensão ou a retirada da acusação mediante colaboração eficaz do acusado com as autoridades (ORTIZ, 2017, p. 65-67). Nesse compasso, entende-se que a discussão, neste país, dos prós e contras da implementação da colaboração premiada nos moldes de um negócio jurídico podem resultar em aprimoramentos também em relação à realidade brasileira, cujo contexto de implementação se demonstrará adiante.

2.3.2 O CONTEXTO BRASILEIRO DE IMPLEMENTAÇÃO E DISSEMINAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Com relação à realidade brasileira, tem-se uma certa mesclagem dos dois métodos, de modo que a composição da estrutura do Direito brasileiro opta pelas codificações como forma de sistematização das leis, além de conferir ao órgão ministerial o monopólio sobre a propositura da ação penal pública desde que munido de indícios suficientes de autoria e de materialidade acerca do delito cometido, tal como no direito italiano. Entretanto, o Direito pátrio também traz alguns institutos da *common law*, característica do direito norte-americano e, como se demonstrará a seguir, tem assemelhado sua postura no que diz respeito às negociações tratadas entre membros do Ministério Público brasileiro e os investigados.

Os métodos de concessão de "premiação" aos que atuam no sentido de colaborar com a justiça não são novidade no ordenamento jurídico brasileiro e guardam especial correlação com a sistemática de retomada do período democrático, inclusive em um panorama continental. Nesse sentido, durante o

final do século XX, muitos países latino-americanos passaram a adotar sistemas consensuais de resolução de conflitos em seus ordenamentos, bem como reestruturaram suas codificações penais ao novo período (ANITUA, 2015, p. 44). O Brasil adotou em parte tais mudanças, mas nunca realizou uma reforma penal e processual que deixasse de guardar relação com os períodos autoritários que vivera.

No mencionado período, mais precisamente em 1990, a lei de crimes hediondos (8.072/1990) trouxe a previsão de redução de pena para o integrante de grupo criminoso que denunciasse bando ou quadrilha, levando à desintegração da mesma, seria beneficiado com redução de um a dois terços da pena. Já a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99), foi a primeira a prever o perdão judicial e a extinção da punibilidade do autor como contrapartida para a colaboração efetiva e voluntária de acusado com a investigação (GHIZONI; KLAUSS DE SOUZA; LEAL, 2019, p.44).

Além dos dispositivos mencionados, a colaboração do acusado sucedida do fornecimento de abrandamento das punições também possui previsão em sete outros diplomas legais, como por exemplo, na lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/1995), no artigo 41 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006); Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária (Lei nº 8.137/90, artigo 16, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 9.080/95); Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98, artigo 1º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12);Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, artigo 3º), entre dispositivos legais (SANTOS, 2017, p. 115 apud GHIZONI; KLAUSS DE SOUZA; LEAL, 2019, p.44).

Em que pese entender-se pela importância de todos os dispositivos, o presente estudo busca abordar o instituto da colaboração premiada a partir da regulamentação trazida pela Lei de Organizações Criminosas, sobretudo pelas modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime que, ainda que tenha surgido a partir da iniciativa do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, passou por expoentes modificações no Congresso Nacional, e alcançou também diversos dispositivos legais como o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Execução Penal e também a Lei de Organizações Criminosas, em especial na Seção I do Capítulo II que trata justamente da colaboração premiada.

Nesse sentido, diversas críticas doutrinárias foram formuladas ao dito dispositivo legal (antes das modificações mencionadas), uma vez que sua sistemática gerava prejuízo ao acusado que se propunha a colaborar com as investigações, na medida em que infringia princípios constitucionais como o da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do direito ao silêncio, dentre outros.

Assim, entende-se que ainda que a reforma trazida pelo pacote anticrime tenha corroborado para diminuir a assimetria de condições entre o *parquet* (ou delegado de polícia, como prevê a lei) e o investigado, ainda persistem máculas que ferem direitos e garantias constitucionais além de, mais uma vez, afastar o procedimento penal das características do modelo acusatório, previsto na Carta Maior e, mais recentemente, pelo próprio Código de Processo Penal.

Outro ponto que merece ser levantado é justamente a adequação de institutos provenientes do direito privado aos procedimentos do direito público, notadamente do direito processual penal. Acredita-se que tal iniciativa guarda correspondência com a ideia de teoria geral do processo, que tenta velar as claras divergências de objetos e condições entre os dois ramos do direito, para manter uma ideia de unicidade processual que fomenta sérias consequências ao resultado útil dos procedimentos penais.

Em uma breve, mas necessária explicação sobre o tema, entende-se que não se pode haver uma mesma base conceitual comum entre sistemas que têm objetos de estudo e formas de entendimento distintos: o direito processual civil pressupõe a regulamentação de direitos privados, enquanto que o direito processual penal busca a resolução de um conflito entre dois direitos que são de ordem pública, isto é, o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. (SILVEIRA, 2012, p. 32)

Tanto que responder a uma ação penal e a uma ação cível, possui diferença importante, não somente nos padrões de condução dos procedimentos, mas também segundo o grau de reprovabilidade social enfrentado pelo indivíduo. Outros pontos como o papel do magistrado e das partes, princípios como o da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, trazem significativas diferenças entre os dois procedimentos e sua inobservância incorre em importantes consequências em especial daquele indivíduo submetido ao processo penal.

Como dito anteriormente, os Direitos Processuais Civil e Penal guardam mais divergências que semelhanças entre si, sobretudo se forem consideradas as consequências trazidas para a vida daquele indivíduo que se encontra sob o escopo acusatório da máquina estatal. Prova disso é a recente mudança de entendimento trazida pelo voto no Ministro Gilmar Mendes nos autos dos *Habeas Corpus* nº 142.205/PR e 143.427/PR, em que o mesmo sugere ao Supremo Tribunal Federal uma guinada interpretativa para considerar a possibilidade de intervenção de terceiro delatado nos acordos firmados entre o Ministério Público e acusados colaboradores:

> É evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos. (...) não podemos fechar os olhos diante deste cenário e da falta de limites ao poder negocial no processo penal brasileiro. (...) é o momento para dar um passo a mais e reconhecer a possibilidade de impugnação por terceiros em caso de ilegalidade manifesta. (...) Em caso de ilegalidade manifesta em acordo de colaboração premiada o Poder Judiciário deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais (...)[4]

Pelo exposto, entende-se que restam cristalinas as impossibilidades de carreamento de institutos do Direito Civil, sem se observar as peculiaridades existentes no Direito Penal e Processual Penal. Além disso, permitir certas importações e cercear outras (como o caso da impugnação de terceiro prejudicado) evidenciam as intenções de aumentar o punitivismo, alastrando as persecuções de maneira massiva, ao invés de se utilizar o instituto como forma excepcional, mas necessária às especificidades e ao alto grau de aparelhamento das organizações criminosas.

Adentrando, pois, à Lei 12.850/2013 se buscará analisar, sem esgotar o tema, alguns artigos por ela trazidos, sendo alguns deles recentemente modificados pelo pacote anticrime. Nessa via, o referido diploma, em seu art. 3º, inciso I, traz expressamente a colaboração premiada como um dos meios de obtenção de prova passíveis de serem utilizados em quaisquer das fases da

[4] MIGALHAS. Gilmar propõe que STF mude posição para autorizar impugnação de delação por terceiros. Publicado em 21 de maio de 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/302768/gilmar-propoe-que-stf-mude-posicao-para-autorizar-impugnacao-de-delacao-por-terceiros#:~:text=Gilmar%20prop%C3%B5e%20que%20STF%20mude%20posi%C3%A7%C3%A3o%20para%20autorizar%20impugna%C3%A7%C3%A3o%20de%20dela%C3%A7%C3%A3o%20por%20terceiros,-0&text=Os%20autores%20sustentam%20a%20ilegalidade,(que%20teria%20forjado%20declara%C3%A7%C3%B5es).>

persecução penal. Mais adiante, o art. 3º-A define o instrumento como "negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)".

A partir da definição exposta, não se pode deixar de apresentar alguns elementos de definição acerca do conceito de negócio jurídico, eminentemente advindos do Direito Civil (privado, portanto), suas condições de existência e validade, que por si, maculam o conceito atribuído à colaboração premiada, como se pretenderá demonstrar a seguir.

Em sua conceituação de negócio jurídico, Flávio Tartuce, dispõe que "é ato jurídico em que há uma composição de interesse das partes com uma finalidade específica". Segue ainda, em complementação à definição, citando a posição de Antônio Junqueira de Azevedo, adicionando: "que o negócio jurídico constitui a principal forma de exercício da autonomia privada, da liberdade negocial" (TARTUCE, 2015, online).

Ainda considerando o conceito de negócio jurídico, é preciso mencionar que o ordenamento brasileiro lhe atribui três tipos de planos, a partir do conceito criado por Pontes de Miranda, qual seja, a Escada Ponteana. Tal estrutura estabelece que o negócio jurídico, plenamente concebido à luz das condições legais estabelecidas pelos dispositivos normativos legais brasileiros, precisa necessariamente existir, contando para tanto com agentes, vontade, objeto e forma, sendo estes, portanto, seus pressupostos de existência (TARTUCE, 2015, online).

Em seguida, precisa adequar-se ao plano da validade, adotando-se como critério a capacidade das partes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita em lei, tal qual preceitua o art. 104, do Código Civil. Por fim, como último degrau da Escada Ponteana tem-se o plano da eficácia, em que se encontram os efeitos gerados pelo negócio às partes nele envolvidas, quais sejam, condição, termo, consequências do inadimplemento etc. (TARTUCE, 2015, online).

Desta feita, a partir das considerações apresentadas, e aqui concedendo especial ênfase ao plano da validade, para que um negócio jurídico seja válido, ele necessariamente necessita de vontade livre e sem vícios, visto que tal condição está intimamente ligada à capacidade das partes e à licitude no negócio (TARTUCE, 2015, online). Nessa concepção, consta expressamente do códex civilista que a coação, dentre outras previsões, é defeito passível de viciar o

negócio jurídico quando, de acordo com o artigo 151, se der de tal forma que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Dito isto, é possível concluir que acordos de colaboração premiada, que como apresentado, são legalmente definidos como negócios jurídicos, podem ser anulados caso, uma das partes o firme sob temor de dano iminente a ela própria, à sua família ou a seus bens.

Nesse sentido, imperioso faz-se trazer à discussão a questão das prisões cautelares, em específico, as prisões preventivas, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Desta forma, como destaca LOPES (2019, p. 10-11), a prisão preventiva não possui escopo expiatório, retributivo ou pedagógico em relação ao seu destinatário. Pelo contrário, ela é medida excepcional e somente deve ser considerada a partir da constatação de ineficácia de outras medidas cautelares previstas na codificação processual penal, além da necessidade de observação de oferecimento de risco real à sociedade e ao processo, por parte do acusado, cumulando também a demonstração de materialidade e indícios suficientes de autoria entre o delito e o acusado.

De outro lado, como dito anteriormente, o pacote anticrime inseriu e alterou substancialmente artigos que tratam dos procedimentos relativos à delação premiada. Destaca-se aqui, alguns dispositivos que sugerem uma maior preocupação com a proteção dos direitos do acusado colaborador: Artigos 3º-A, B e C[5], que buscam regulamentar o procedimento, sendo que este último define

[5] Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) [...]

a obrigatoriedade da presença de advogado ou defensor do colaborador durante as tratativas do acordo; os parágrafos 4º e 4º-A do artigo 4º[6], que tentam delimitar o poder dado ao Ministério Público para dispor do oferecimento de denúncia em face do colaborador; o parágrafo 7º e 7º-A[7] do mesmo artigo, que

---

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) [...]

[6]Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[7] Art. 4º. [...]

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do

dispõem que o juiz deve analisar diversos quesitos sobre legalidade, adequação e voluntariedade sobre o acordo e também proceder à análise de mérito sobre a denúncia e os termos de aplicação da pena. Outros dispositivos também sofreram alterações, porém como dito, tal análise não pretende ser exaustiva, razão pela qual restringir-se-á aos anteriormente citados.

Desta forma é de se observar os aparentes avanços trazidos pela reforma produzida pela Lei nº13.964/2019, contudo certos pontos merecem ser levantados, tendo em vista que a questão da coação, problemática trazida pelos métodos utilizados pelas autoridades acusatórias, pode permanecer inalterada, tendo em vista que o fato de permanecer preso preventivamente, ao que se entende, já coloca o investigado/acusado em situação de vulnerabilidade, influindo substancialmente em sua tomada de decisões.

Ainda, merece ser mencionado o papel do Ministério Público no processo de formalização dos acordos. É certo que a reforma trazida pelo pacote anticrime trouxe importantes alterações que tentam diminuir o ímpeto acusatório do órgão ministerial, como por exemplo o fato de este não poder mais recusar imotivadamente celebração de acordo (art. 3º-B, §1º, lei 12.850/2013) e não mais ser possível que fossem acordadas penas e regimes de cumprimento em desacordo com disposições legais (art. 4º, §7º, II, da mesma lei).

Contudo, entende-se que a possibilidade da discricionariedade do órgão ministerial ainda existe e o seu controle sobre as consequências penalizadoras, inclusive sobre a possibilidade ou não de oferecimento de denúncia, caracterizam marcante semelhança quanto ao sistema inquisitorial, uma vez que o reforçam, na medida em que aglutina-se em um só ente as funções acusatórias e decisórias principais relativas ao processo. Some-se ainda, a utilização das prisões preventivas como forma de controle físico e corpóreo sobre aqueles que são alvo das investigações da dita entidade.

Além disso, destaca-se a previsão constitucional funcional atribuída privativamente ao *parquet* no que se refere à promoção da ação penal pública, nos termos do artigo 129, I, da Carta Magna de 1988, não podendo, ao que se entende, haver mitigação deste dever delegado pelo constituinte originário.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Outrossim, poderia argumentar-se pelo papel do magistrado, que pelo disposto em lei, possui funções marcadamente fiscalizatórias, exercendo juízo acerca da legalidade, regularidade e voluntariedade sobre o pacto firmado. Todavia, a relação prévia do magistrado com os elementos do caso do possível acordo, além da não incorporação do juiz das garantias à realidade do sistema processual penal, ao que se entende, maculam a imparcialidade deste quando de sua atuação no procedimento de colaboração.

Pelo exposto, pode-se concluir que o pacote anticrime, institucionalizado na forma da lei nº 13.964/2019 trouxe urgentes e necessárias modificações e regulamentações acerca do instituto da colaboração premiada previsto na Lei de Organizações Criminosas. Nesse compasso, é de se destacar a tentativa do legislador em impor limites à atuação ministerial, que, com os silêncios legais de outrora, auferiam-lhe alto grau de discricionariedade, acumulando tanto o direito de acusar como o de atribuir pena em concreto (sobrepondo dispositivos legais relativos ao regime de cumprimento de pena) em um único ente. Esta característica, em que pese ser peculiar, não pode ser considerada nova, a não ser pela figura na qual ocorre tal cúmulo.

Dispor do corpo do acusado, por meio do cerceamento de sua liberdade através da prisão preventiva sem observar outras medidas cautelares menos gravosas, além de exercer as funções de acusar e julgar, são características próprias do sistema inquisitório e ainda que modificadas, tais discricionariedades, mesmo aparentemente diminuídas, permanecem ferindo crassamente princípios e garantias constitucionais que presam pela instituição do sistema acusatório bem como a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

CONCLUSÃO

A partir das formas de organização adotadas pelas sociedades ocidentais, houve também a substituição do sujeito privado pelo ente estatal em relação ao direito de punir. Em formas mais complexas de organização dessas sociedades o monopólio do direito de perseguição daqueles que infringiam normas postas tornou-se também forma de controle sobre corpos, como no caso da Inquisição, e de sua criação, o Sistema Inquisitório.

Por meio dele, a perseguição àqueles que iam contra as regras do sistema posto era realizada sem nenhum tipo de observância a direitos individuais daqueles perseguidos, tudo sob o escopo da expiação divina dos pecados. Nesse

sentido, como características principais deste sistema histórico, pôde-se destacar a gestão da prova e a função de julgar sob a guarda de um único ente, isto é, do juiz, bem como formas de controle sobre os corpos dos acusados, por meio de detenções e torturas e a confissão como rainha das provas, dentre outras.

Ao revés, tendo em vista o desenvolvimento das noções de direitos e garantias individuais e coletivos, e de sistemas de Estado e governos pautados na representatividade popular e na construção de regras sociais distanciadas da religiosidade, o Sistema Inquisitivo tornou-se incompatível com tais aspirações dando lugar ao Sistema Acusatório. Este, por sua vez, pauta-se na divisão das atividades de acusar e julgar, na equidade no acesso e na produção de provas tanto para a acusação como para a defesa, em direitos do acusado, como a presunção de inocência em caso de insuficiência de materialidade e indícios mínimos de autoria, não sendo somente a confissão suficiente para a condenação do sujeito.

Assim, tem-se que, pelas características apresentadas, os dois sistemas estão intimamente ligados ao grau de empenho que possui um governo para com os ditames mais ou menos comprometidos com a concretização de objetivos modernos de um Estado de Direito baseado em princípios democráticos.

Tem-se como claro exemplo, o caso brasileiro, que possui sua história marcada por períodos ditatoriais de forte supressão de direitos individuais e cuja materialização reflete principalmente no direito penal e processual penal, na medida em que, equipados com as características do sistema inquisitorial, exercem forte repressão com fins penalizadores e encarceradores em massa, justificados pela manutenção da ordem pública e bem estar coletivos.

Nessa via, mesmo após a aparente superação desses períodos obscuros, sobretudo com a promulgação da Constituição da República de 1988, conhecida como Constituição cidadã, que trouxe expressamente direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivos), que, no âmbito processual penal aproximam-se mais fortemente do sistema acusatório, concebe-se até a presente data a vigência do Código de Processo Penal, confeccionado em 1941, durante um período autoritário, e que, mesmo com reformas posteriores à retomada democrática, permanece com proeminentes características inquisitoriais.

Assim sendo, buscou-se demonstrar que a permanência dessas características no ordenamento jurídico brasileiro acabam endossando comportamentos dissonantes dos preceitos acusatórios, como se pôde verificar

por meio da análise do instituto da colaboração premiada, importado dos direitos italiano e estadunidense, constante da Lei de Organizações Criminosas nº 12.850/2013 e recentemente modificada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, e que é definido no artigo 3º-A como negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Em que pese ter trazido uma série de modificações que, à princípio, diminuem o nível de discricionariedade do Ministério Público quando da elaboração de acordos com investigados, réus ou mesmo condenados, entende-se que a própria natureza jurídica do instituto, eminentemente de direito privado, somada às práticas inquisitoriais como a adoção de prisões preventivas como medida cautelar precípua, por si, maculam o requisito da livre vontade, necessário a todo negócio jurídico, tal como preceituam doutrina e legislação civilistas.

Além disso, a adequação de institutos do direito civil ao procedimento penal, pela disparidade entre os direitos em disputa, na medida em que cerceia a importação de outros meios de manifestação para a defesa dos acusados, como o caso da manifestação de 3º delatado antes de tornar-se réu ou investigado, vilipendia princípios constitucionais e demonstra expressamente a intenção encarceradora dos órgãos jurisdicionais quando da utilização da colaboração premiada. Isto é o que se depreende do entendimento dado pelo voto no Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, nos autos dos *Habeas Corpus* nº 142.205/PR e 143.427/PR.

Assim sendo, todo este cenário, onde o órgão ministerial pode barganhar penas e delimitar o escopo acusatório que trará em sua denúncia ou até mesmo a possibilidade legalizada de deixar de propô-la, atribui-lhe duas funções de extrema relevância: a de acusar, porque esta é sua obrigação constitucional e, por meio do acordo de colaboração a de "premiar", isto é, de atribuir pena e portanto, também de julgar.

Por fim, entende-se que as organizações criminosas representam forte ameaça ao Estado, na medida em que se utilizam dos mais variados crimes para expansão de seus negócios ilícitos, inclusive corrompendo agentes públicos e contribuindo para a perpetuação de seus interesses na medida em que alimentam um ciclo político de favorecimentos em detrimento dos interesses e necessidades coletivos.

Por outro lado, não pode o Estado mitigar direitos a garantias fundamentais e se abster de decidir os problemas trazidos pela sociedade à sua apreciação, através do exercício da Jurisdição, somente amparado na justificativa de necessidade de combate a esta modalidade delitiva, visto que a história demonstra do que foram capazes regimes políticos e estatais que admitiam a supressão de liberdade e a assimetria no acesso a meios de produção de prova entre defesa e acusação.

Por todo exposto, o presente trabalho teve como objetivo demonstrar, sem esgotar o tema, as raízes inquisitoriais que ainda permeiam o ordenamento jurídico brasileiro através da análise do instituto da colaboração premiada, trazido na Lei de Organizações Criminosas, e que acaba por permitir que um ente acumule, mesmo que de maneira customizada em relação ao sistema inquisitorial histórico, as funções de acusar e julgar. Além disso, ao importar indiscriminadamente institutos do direito civil para o direito penal, tem-se que tal procedimento cerceia direitos e macula princípios constitucionais tão caros à história brasileira e que são verdadeira condição de existência para o Estado Democrático de Direito que se luta cotidianamente para manter e fortificar.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel I. *La importación de mecanismos consensuales del processo estadunidense, en las reformas procesales latinoamericanas*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3> Acesso em 12 dez. 2020, 12:42:45.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 12 dez. 2020, 12:43:31.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em 12 dez. 2020, 12:44:31.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*, 8 de setembro de 1941. Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em 12 dez. 2020, 12:46:14.

BRASIL. LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. *Institui o Código Civil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 12 dez. 2020, 12:47:26.

BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 - *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em 12 dez. 2020, 12:48:29.

BRASIL. Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em 12 dez. 2020, 12:41:35.

GHIZONI, Mariana. DE SOUZA, Klauss Corrêa. LEAL, Fábio Gesser. *Delação Premiada: O Valor Probatório no Processo Penal.* Rev. do Cejur: Prestação Jurisdicional, Florianópolis v.7 n.1, p.39-60, Janeiro-Dezembro. 2019. Disponível em < https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/317/166> Acesso em 12 dez. 2020, 12:40:22

KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?* – Civitas – Revista de Ciências Sociais, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2010, pp. 193-308 – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, Brasil.

LOPES FILHO, Ozéas Corrêa; PORTO, Paola de Andrade. *Crime Organizado e Delações Premiadas: o estado democrático de direito em xeque no Brasil.* [ST], 2019.

LOPES Jr. Aury. *"Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal"* Publicado em 27 de junho de 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal> Acesso em 12 dez. 2020, 12:37:18

LOPES JR., Aury. *"Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório"*. Publicado em 16 de março de 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio > Acesso em 12 dez. 2020, 12:35:32.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* / Aury Lopes Jr. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELO, Valber. BROETO, Felipe Maia. *"O método do discovery e a busca da paridade negocial"*. Publicado em 17 de outubro de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opiniao-metodo-discovery-busca-paridade-negocial#_ftn13> Acesso em 12 de dez. 2020, 12:34:17.

MELO, Valber. BROETO, Felipe Maia. *"O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada"*. Publicado em 29 de dezembro de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada#_ftn21> Acesso em 12 dez. 2020, 12:33:08

MIGALHAS. *Gilmar propõe que STF mude posição para autorizar impugnação de delação por terceiros*. Publicado em 21 de maio de 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/302768/gilmar-propoe-que-stf-mude-posicao-para-autorizar-impugnacao-de-delacao-por-terceiros#:~:text=Gilmar%20prop%C3%B5e%20que%20STF%20mude%20posi%C3%A7%C3%A3o%20para%20autorizar%20impugna%C3%A7%C3%A3o%20de%20dela%C3%A7%C3%A3o%20por%20terceiros,-0&text=Os%20autores%20sustentam%20a%20ilegalidade,(que%20teria%20forjado%20declara%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em 12 dez. 2020, 12:31:57.

MIKASA, Marcelo Yukio. *Limites Constitucionais da Investigação.* Coordenação Rogerio Sanches Cunha et alii – ("Os Poderes Instrutórios do Juiz na Investigação Preliminar" – pp. 320 a 342), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. Disponível em <https://1drv.ms/b/s!AnMEugwXa82goES5XKKKgntEcyK_?e=RbtBz7> Acesso: 12 dez. 2020, 12:30:52.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional* / Guilherme Peña de Moraes. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

ORTIZ, Juan Carlos. *La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia.* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr.2017. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38> Acesso: 12 dez. 2020, 12:28:00.

SANTOS, Marcos P. D. *Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro.* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49 acesso em 28/06/2020

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A Ação Processual Penal Entre Política e Constituição: Outra Teoria para o Direito Processual Penal.* Curitiba, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil:* volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual., e ampl., - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo MÉTODO, 2015, online.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. *Os Pilares do Código de Processo Penal de 1941 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988*. Saber Jurídico, 2017. Disponível em https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51088/os-pilares-do-codigo-de-processo-penal-de-1941-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-de-1988 acesso em 07/05/2020.

GT 09

Las nuevas tecnologías y los retos para la protección de datos en América Latina y Europa

COORDINACIÓN:
Brunello Stancioli (UFMG) y Mónica Arenas Ramiro (UAH)

DESCRIPCIÓN: Este grupo de trabajo está abierto a temas como la identidad informativa y digital de la persona, la gestión de los grandes volúmenes de datos, la predicción del comportamiento, la elaboración de perfiles, la privacidad y el control social o laboral, la normatividad de la Red, el uso de la inteligencia artificial, las transferencias internacionales de datos personales, así como cualquier otro tema que implique el uso de información personal, de datos personales, y que tenga como objetivo analizar los problemas actuales con los que su tratamiento se está encontrando en el marco de la revolución digital que vivimos. Destacando los aspectos legales, técnicos y éticos, los estudios desarrollados necesitan comparar América Latina y la Unión Europea, como una metodología que nos permite pensar más sobre las posibles contribuciones por intermedio de las relaciones internacionales entre sus países.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ERA DIGITAL:
uma análise jurisprudencial sobre Europa e Brasil

Camilo Plaisant Carneiro
UFF, Professor Adjunto vinculado ao Departamento de Direito
Macaé, Brasil
camilocarneiro@id.uff.br

Raisa Duarte da Silva Ribeiro
UNIRIO – Professora Assistente
Rio de Janeiro, Brasil
raisaribeiro@hotmail.com

Resumo: o presente artigo possui o objetivo de analisar o reconhecimento jurídico do direito ao esquecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, em primeiro lugar, realiza-se uma análise do conceito, conteúdo e extensão do direito ao esquecimento. Em segundo lugar, verifica-se o reconhecimento do direito ao esquecimento no cenário regional europeu, em especial com a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Google *versus* Jornal La Vanguardia e os seus impactos nos ordenamentos jurídicos europeus. Em terceiro momento, faz-se uma análise do reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil. Nessa ocasião, observa-se que o direito ao esquecimento é garantido constitucionalmente como um direito fundamental implícito e analisa-se as decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1.334.097/RS e 1.335.153, onde foram fixados parâmetros para a proteção desse direito em casos de colisão.

Palavras-chave: liberdade de expressão; direitos de personalidade; direito ao esquecimento; análise jurisprudencial; parâmetros de ponderação.

Abstract: the aim of this article is to analyze the legal recognition of the right to be forgotten. For this purpose, there is first an analysis of the concept, content and extension of the right to be forgotten. Secondly, it observes the recognition of the right to be forgotten in the European regional scenario, in particular with the decision by the Court of Justice of the European Union in the court case of Google *versus* La Vanguardia Newspaper and its impact on European legal system. Thirdly, there is an analysis towards the recognition of the right to forgotten in Brazil. At this juncture, it may be observed that the right to be forgotten is constitutionally guaranteed as an implicit fundamental right and it is also analyzed the judicial decisions ruled by the Superior Court of Justice, in

Special Appeals No. 1.334.097/RS and 1335.153 where parameters were set for the protection of this right in cases of conflicts.

Keywords: freedom of speech; personality right; right to be forgotten; jurisprudential analysis; weighting parameters.

INTRODUÇÃO

Com a reabertura democrática e o processo de transição política, tornou-se possível a criação da Constituição da República Federativa do Brasil. O contexto político exigia precauções e as preocupações voltavam-se à proteção dos direitos fundamentais, sistematicamente violados durante o período da ditadura militar.

Em virtude disso, o texto constitucional brasileiro foi estruturado de forma estratégica, trazendo uma posição topográfica de destaque dos direitos fundamentais, que inauguraram o texto constitucional, com sua previsão expressa já nos títulos primeiro e segundo.

Em que pese a Carta Magna brasileira ser prolixa, observa-se que o constituinte se preocupou em afirmar que o rol de direitos fundamentais previsto não é exaustivo.

De acordo com o parágrafo segundo do artigo 5º do nosso texto constitucional, "os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim, o texto constitucional pátrio determina que existam direitos fundamentais expressos – pelo próprio texto constitucional ou por tratados internacionais ratificados pelo Brasil – e direitos fundamentais implícitos.

A doutrina reconhece que os direitos fundamentais implícitos são derivados direta ou indiretamente do valor estruturante da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III do texto constitucional, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Na seara dos direitos fundamentais implícitos, trava-se um debate acerca do reconhecimento do direito ao esquecimento como espécie desse gênero, derivado diretamente dos direitos da personalidade, em especial do

direito à privacidade e à intimidade, e indiretamente da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho possui por escopo analisar o reconhecimento do direito ao esquecimento como direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro, amparado por garantias constitucionais. Para isso, em primeiro lugar, será analisado o conteúdo, alcance e extensão do direito ao esquecimento.

Em segundo lugar, será observado o reconhecimento jurisprudencial do direito ao esquecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. As discussões mais modernas sobre os direitos fundamentais são travadas, em grande medida, no âmbito dos países europeus, da União Europeia e do sistema europeu de proteção de direitos humanos, motivo pelo qual a análise do *leading case* que reconheceu o direito ao esquecimento se impõe importante.

Nesse interim, serão abordadas ainda, algumas decisões proferidas por Tribunais de países que compõe o bloco Europeu, como forma de demonstrar ao leitor a realidade experimentada em uma realidade diversa da brasileira.

Em terceiro lugar, será analisado o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro no que tange a afirmação desse direito. Existem dois casos de relevante expressão para o reconhecimento desse direito, julgados pelo Poder Judiciário brasileiro, que visam trazer direitos para a ponderação dos conflitos que permeiam esse novo direito fundamental.

Nesse momento, serão analisados os Recursos Especiais nº 1.334.097 e 1.335.153, ambos do Estado do Rio de Janeiro, que versam sobre o Caso da Chacina da Candelária e do Caso Aida Curi, envolvendo o conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação e à memória.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Antes de adentrar ao tema objeto de estudo, é conveniente destinar algumas linhas a uma breve (porém necessária) explicação. Como será demonstrado nas linhas que se seguem, o 'direito ao esquecimento', em grande parte dos casos analisados, se relaciona à veiculação de informações, seja por intermédio de veículos de imprensa (jornais, revistas, televisão), seja por intermédio da internet.

Ponto que parece mais sensível no que se refere ao efetivo esquecimento de fatos e acontecimentos é o abundante e 'incontrolável' terreno da internet. Como se sabe, muitos países ainda engatinham quando se trata de regulamentação de direitos e atividades envolvendo a rede mundial de computadores. Decerto que com o direito ao esquecimento não seria diferente.

Se está, por ora, diante de tema pendente de regulamentação legislativa e que busca, por vezes no Poder Judiciário, a proteção que lhe é devida. Assim sendo, não parece crível afirmar que a situação envolvendo o 'direito ao esquecimento' é uma situação 'sob controle'. Pelo contrário.

É por esta razão que o presente trabalho se debruçará sobre situações e realidades vivenciadas em um cenário de 'normalidade', onde as informações divulgadas encontram meio legais e regulamentados para tanto, afastando assim, ao menos no presente momento, a problemática sobre a divulgação de informações em 'meios não oficiais', seja por forma física, ou digital.

O direito ao esquecimento vem sendo reconhecido pelos ordenamentos jurídicos estrangeiro e brasileiro, sendo visto como um desdobramento direto dos direitos de personalidade, em especial do direito à privacidade e da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Stefano Rodotà, o advento do direito à privacidade como direito fundamental pode ser remontado historicamente à desagregação da sociedade feudal, onde a complexa rede de relações sociais que envolviam os indivíduos fazia com que o isolamento fosse um privilégio dos eleitos ou daqueles viviam distantes da comunidade, como místicos, monges, pastores ou bandidos (RODOTÀ, 2008, p. 26).

Assim, o direito à privacidade surgiu não como um direito, mas como um privilégio por parte de um grupo (RODOTÀ, 2008, p. 27)[1].

Com a evolução histórica da sociedade, o conceito do direito à privacidade foi sendo alterado. Com as Revoluções Liberais do século XVIII,

[1] Na realidade, os direitos humanos foram sendo afirmados como conquistas históricas por parte de grupos determinados. Nas revoluções liberais do século XVIII, onde os direitos humanos passaram a ser afirmados no contexto dos Estados Nacionais, através da criação das primeiras Constituições e Declarações de direitos fundamentais, os direitos conquistados tiveram como titularidade à burguesia e não toda a classe social – mulheres, escravos, crianças e pobres continuavam sem direitos, por exemplo.

duas funções centrais passaram a ser atribuídas à privacidade: evitar que a ação da imprensa na caça de escândalos políticos e mundanos causasse perturbações aos indivíduos, e evitar que indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas pudessem provocar a impopularidade destas, gerando danos[2].

Nesse contexto, conforme salienta Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder (2012, p. 287), o direito à privacidade era tradicionalmente entendido como o "*direito de ficar só"*, isto é, garantia-se ao indivíduo uma perspectiva de isolamento protegido através de uma tutela negativa que somente se caracterizaria com a exclusão dos demais.

Nessa toada, o indivíduo era visto como "um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu interior: era o chamado homo clausus" (MORAES, KONDER, 2012, p. 287). A privacidade fundava-se em uma perspectiva de indivíduo murado (MORAES, 2012, p. 287), fechado em seu interior e livre de perturbações externas.

No entanto, os avanços tecnológicos do século XX remodelaram o direito à privacidade, que passou a ser visto, na perspectiva de Stefano Rodotà, como um direito à autodeterminação informativa, no sentido de atribuir a cada ser humano o efetivo poder sobre seus dados pessoais, sobre suas informações (RODOTÀ, 2008, p. 41).

Inserida nessa nova perspectiva do direito à privacidade, a partir da década de sessenta, a doutrina começou a empreender esforços para compreender e estabelecer limites a autonomia dos órgãos de imprensa na divulgação de informações oficias e verídicas a respeito de alguma pessoa que, no passado, tenha sido hostilizada pela opinião pública (MORAES, 2012, p. 287). Nesse contexto, surge o chamado direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento pode ser definido como um direito que visa permitir e impulsionar a superação de acontecimentos passados, de modo que estes não sejam relembrados e interfiram ou causem danos no momento presente, destinando proteção especial à honra e a privacidade dos indivíduos.

---

[2] Essas eram as preocupações iniciais dos "pais-fundadores" do direito à privacidade no âmbito jurídico, Warren e Brandeis. Vide: WARREN, S. D.; BRADEIS, L. D., *The right to privacy,* 4ª edição, *Harvard Review,* 1890, pp. 193-220. *Apud:* RODOTÀ, 2008, p. 28.

Assim, o direito ao esquecimento questiona-se sobre os momentos de publicação de informações verídicas sobre os indivíduos, que lhe são prejudiciais. Questiona-se se em qualquer momento essa informação verídica e prejudicial pode ser divulgada ou se há uma limitação temporal à divulgação de informações pela imprensa, órgãos de comunicação e indivíduos acerca de fatos pretéritos, atos cometidos em certa época, pelo indivíduo.

Originariamente, o direito ao esquecimento foi reconhecido pelo ordenamento jurídico alemão, no "Caso Lebach". O caso versava sobre um roubo realizado em um depósito de munição na cidade de Lebach, na República Federal da Alemanha, que ocasionou na morte de quatro soldados e em lesões graves em um soldado, em 1969.

Os acusados foram julgados e condenados. Quatro anos após o ocorrido, um canal jornalístico alemão produziu um documentário que relatava todo o ocorrido e exibia nomes e fotos de todos os acusados. Antes da exibição do documentário, um dos acusados, que tinha sido condenado a seis anos de reclusão e que já havia cumprido parcialmente sua pena, ingressou em juízo, com o objetivo de impedir a transmissão do programa, pois o documentário prejudicaria o seu processo de ressocialização. As instâncias ordinárias não deferiram a medida liminar pleiteada, de forma que o caso foi levado ao Tribunal Constitucional Alemão[3].

No caso em comento, existia um conflito de direitos fundamentais: de um lado, o direito à informação; de outro, os direitos de personalidade. O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deveria ser ponderada com o interesse de informação da população.

Assim, o Tribunal Constitucional Alemão ponderou os direitos no caso concreto, decidindo que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome mencionado. Nesse sentido, cabe mencionar parcela do teor da decisão:

> Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do

[3] Para mais acerca do caso, ver: ALEXY, 2008, pp. 99.

> criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional a personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e a sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar a sua integração à sociedade (CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ, Caso Lebach, bvERFge 35, 202, julgamento em 05.06.1973)[4].

Ademais, cabe ressaltar que o debate acerca do direito ao esquecimento reaparece ciclicamente, segundo observa Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder (2012, p. 293). Os autores questionam se seria justo permitir que os usuários apagassem para sempre seus rastros espalhados na internet ou, em outras palavras, se a internet deveria esquecer determinados registros.

Apesar das discussões acerca do direito ao esquecimento terem se tornado um tema atual, em virtude dos avanços tecnológicos e das novas concepções do direito à privacidade na era da globalização das redes, esse tema se estende para além da internet (SARLET, 2015).

Conforme salienta Ingo W. Sarlet

> A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social (SARLET, 2015)

Desta forma, o direito ao esquecimento passou a ser visto como uma rejeição do ordenamento jurídico à perseguição do indivíduo, por tempo indeterminado, em razão da prática de atos pretéritos, que não mais condizem com o seu estágio atual de desenvolvimento e que possam ser prejudiciais.

[4] Trecho da decisão retirada do livro MORAES, KONDER, 2012, p. 293.

2. A ORIGEM DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento vem sendo reconhecido pelos ordenamentos jurídicos europeus desde meados do século XX. No contexto alemão, o Tribunal Constitucional Federal foi instado a se manifestar sobre a temática em alguns momentos: inicialmente, no Caso Lebach, em 1973; posteriormente, em 1996, no Caso Lebach II[5].

No cenário francês, existe o trâmite do projeto de lei º 93, de 2009, que pretende realizar a modificação da lei nº 78-17, de 1978, relativa à informação, trazendo parâmetros para a divulgação de informações pretéritas dos indivíduos[6]. Nesse mesmo contexto territorial há decisão proferida pela Corte de Cassação da França que entendeu não haver direito a invocação ao esquecimento com relação a fatos de conhecimento público e notório, revelados de forma lícita pelo meio de divulgação[7].

Na Itália, encontra-se em trâmite o projeto de lei nº 2455, de 20 de maio de 2009, que pretende regular também aspectos da disciplina[8]. Em território italiano, pode-se destacar decisão proferida no caso *Venditti x RAI*, onde fora reconhecido o direito ao esquecimento, podendo ele ser invocado, inclusive, por artistas (desde que o fato relatado não possua relevância para o debate público).[9]

Já na Bélgica, decisão proferida em 2016 pela Corte de Cassação, ao reconhecer a prevalência do direito ao esquecimento, obrigou um veiculo de

---

[5] O Caso Lebach II refere-se a um novo documentário sobre o acontecimento ocorrido em 1969 na cidade de Lebach. Nesse caso, a empresa de televisão impetrou reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, que entendeu pela possibilidade de exibição do documentário, por nele não conter elementos que identificassem os autores do crime. Nesse sentido, vide relato de SARLET, 2015.

[6] Exposição de motivos e inteiro teor do projeto disponível em: https://www.senat.fr/leg/ppl09-093.pdf

[7] Mais informações podem ser obtidas em: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007025328.

[8] Exposição de motivos e inteiro teor do referido projeto encontram-se disponíveis em: http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0025880

[9] Uma análise mais aprofundada dos fatos, fundamentos e razões decisórias poderá ser realizada em: http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20180320/snciv@s10@a2018@n06919@tO.clean.pdf.

imprensa a suprimir o nome de determinada pessoa quando da conversão de arquivos físicos em arquivos digitais e consequente divulgação das informações na internet. Entendeu, referida Corte, que tal ato importaria em nova publicação das informações, devendo o nome da pessoa ser substituído pela letra X, *in verbis:*

> Dès lors que les ingérences dans la liberté d'expression peuvent consister en une altération du texte archivé de nature à prévenir ou réparer une atteinte au droit à l'oubli, l'arrêt attaqué a de même pu décider légalement de condamner le responsable du quotidien à remplacer, dans les documents archivés, le prénom et le patronyme du demandeur par la lettre X.[10]

Deve-se registrar, contudo, que mencionados julgados e projetos de legislações não podem ser invocados no âmbito do direito comparado, sendo vistos, à sua época, como casos esparsos de reconhecimento do direito ao esquecimento. Somente em 2014 a União Europeia passou a ter um posicionamento vinculante com relação ao direito ao esquecimento, reconhecendo-o de forma expressa.

Nesse ano o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o direito ao esquecimento em uma decisão histórica e amplamente discutida pela doutrina. O caso emblemático versava sobre uma queixa de um cidadão espanhol contra o Google, cidadão esse que teve seu apartamento levado à hasta pública em 1998 (em razão de uma dívida com a Segurança Social), fato esse rememorado sempre que era inserido nos campos de busca do Google notícias publicadas pelo jornal La Vanguardia.

Mais de dez anos após o caso ter ocorrido, o nome do cidadão espanhol continuava associado à dívida que já não mais existia, quando da busca nos campos de pesquisa do Google pelo assunto.

Numa tentativa de apagar da internet esta fase pretérita da sua vida, para que este fato anterior não viesse mais a importuná-lo, o cidadão se queixou à Agência Espanhola de Proteção de Dados, requerendo ao jornal La Vanguardia e ao Google a retirada da página ou a rasura de seu nome na notícia quando do aparecimento dos resultados das pesquisas.

---

[10] Um resumo com maiores informações acerca do caso referenciado encontra-se disponível em: https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/cas-rapport_annuel_2016_fr_20170628_web.pdf.

Chamado a se pronunciar pela Audiência Nacional Espanhola, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou a possibilidade da ordem aos motores de busca, pelos tribunais europeus, de eliminação de links para determinadas páginas, a partir de uma ponderação entre os interesses públicos e privados.

Assim, em 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu decisão em que o direito ao esquecimento foi reconhecido, protegido e tutelado no cenário desse bloco regional, sendo a decisão vinculante para todos os países que compõem a União Europeia[11].

Segundo a decisão desse órgão jurisdicional, os sites eletrônicos de buscas na internet, à exemplo do Google, devem disponibilizar ferramentas aos seus usuários que possibilitem que suas informações pessoais disponíveis e que não são mais pertinentes à divulgação pública, em razão do tempo transcorrido e da sua finalidade de utilização, sejam apagadas ou retiradas de circulação.

De acordo com o Comunicado de Imprensa nº 70/2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o operador de um motor de busca na internet é responsável pelo tratamento que efetua dos dados pessoais exibidos nas páginas da *web* publicadas. Assim,

> Quando, na sequencia de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, a lista de resultados exibe uma ligação para uma página web que contém informações sobre a pessoa em questão, esta pode dirigir-se diretamente ao operador ou, quando este não dê seguimento ao seu pedido, às autoridades competentes para obter, em certas condições, a supressão dessa ligação da lista de resultados (TJUE, COMUNICADO 70/2014).

À guisa de observação, cabe ressaltar que no lapso temporal entre o proferimento da decisão até 17 de maio de 2016, já existiam em Portugal mais de 3.300 cidadãos portugueses formalizando o pedido para deixarem de ser pesquisáveis por motores de busca na internet, em decorrência do exercício do direito ao esquecimento (RTP NOTÍCIAS, 2016).

[11] Para mais acerca da constituição da União Europeia e dos efeitos da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, vide MACHADO, 2010, p. 479 e ss.

3. O direito ao esquecimento no Brasil

Como anteriormente ressaltado, o direito ao esquecimento consiste em um princípio constitucional implícito, derivado diretamente dos direitos de personalidade, em especial do direito à privacidade, e indiretamente, do valor da dignidade da pessoa humana.

De acordo com André de Carvalho Ramos, os direitos fundamentais implícitos são aqueles "*extraídos pelo Poder Judiciário de normas gerais previstas na Constituição ou ainda de direitos de formulação genérica*" (RAMOS, 2016, p. 73).

Conforme se demonstrará posteriormente, o direito ao esquecimento vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário brasileiro como uma decorrência direta dos direitos de personalidade e indireta da dignidade da pessoa humana.

Conforme explica Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008), novos direitos fundamentais somente podem ser reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico, se comprovarem um vínculo direto ou indireto com a dignidade da pessoa humana.

O vínculo direto ou derivação direta é aquela em que o novo direito fundamental busca de forma imediata seu fundamento de validade na dignidade da pessoa humana. O vínculo indireto ou derivação indireta é aquela em que o novo direito fundamental busca seu fundamento direto de validade em outro direito fundamental, previsto ou não no texto constitucional, e esse sim busca seu fundamento imediato de validade na dignidade da pessoa humana.

Em razão de todos os direitos fundamentais serem derivados direta ou indiretamente da dignidade da pessoa humana, a doutrina vem sustentando e concedendo-a a posição topográfica de valor ou supraprincípio (BARROSO, 2014, p. 294). Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como "um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional" (BARROSO, 2014, p. 296).

Segundo Ingo Wolfganf Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

> (...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de

> propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existente e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 67).

Desta forma, em última análise, pode-se observar a ligação do direito ao esquecimento à dignidade da pessoa humana, perpassando por outros direitos de personalidade, de forma que seu reconhecimento enquanto direito fundamental tornou-se possível em nosso ordenamento jurídico.

Ocorre que o reconhecimento do direito ao esquecimento não foi realizado de forma pacífica, tendo em vista a sua colisão com interesses inerentes a outros direitos fundamentais expressamente previstos no texto constitucional, em especial com relação às liberdades comunicativas e o direito à memória.

Antídoto da censura, a liberdade de expressão é a máxima prevista dentro dos ordenamentos jurídicos democráticos, estando estampada no artigo 220 e restringida em alguns incisos do artigo 5º, ambos do texto constitucional.

De acordo com André Ramos Tavares, a liberdade de expressão consiste em um direito genérico, conexo com o direito à informação e a liberdade de imprensa. O direito à informação consiste no direito que o indivíduo possui de se informar e de ser informado, relacionando-se com a liberdade de imprensa na medida em que, se os indivíduos possuem o direito de serem informados, os meios de comunicação possuem o direito de transmitir dados e notícias (TAVARES, 2007, p. 550-551).

Apesar de serem direitos conexos, a liberdade de expressão se distingue do direito à informação, na medida em que este consiste na recolha e transmissão de informações e aquele consiste no direito de exteriorizar ideias e informações (CANOTILHO, MOREIRA, 1984, p. 234). No Brasil, em 2014, foi editada a Lei nº 12.527, conhecida como Lei de Acesso à Informação, onde é possível observar a distinção entre a liberdade de expressão e o direito à informação.

Apesar das liberdades comunicativas exigirem a abstenção estatal no seu âmbito de exercício, em alguns casos o Estado deve intervir para restringir ou limitar o seu exercício, tendo em vista a proteção de outros direitos e garantias fundamentais, alocadas no mesmo patamar e grau de hierarquia constitucional.

Neste sentido, assume fundamental importância a observância das limitações realizadas à liberdade de expressão, mais especificadamente ao direito à informação, quando colidir com o direito ao esquecimento.

No Brasil, o direito ao esquecimento vem entrando em pauta de discussão recentemente, em especial em razão de duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que abordaram de forma reflexa o tema em questão.

Todavia, antes mesmo das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais 1.334.097 e 1.335.153, o tema já era abordado pela doutrina brasileira, que abordava os casos emblemáticos que envolviam a atriz e apresentadora Xuxa Meneguel.

Em um caso, Xuxa conseguiu, junto ao Poder Judiciário, impedir o lançamento em videocassete do filme "Amor, estranho amor", que consistia em uma película de filme erótico que tinha sido exibida nos cinemas brasileiros em 1982.

Após a divulgação do filme no cinema, mas por força de circunstâncias diversas (não pertinentes a ele), Xuxa se projetou nacional e internacionalmente como a "Rainha dos baixinhos", com a realização de programas infantis na televisão, criando uma nova imagem que seria atingida prejudicialmente com o lançamento da fita. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Civel 1991.001.03819, julgada em 27 de fevereiro de 1992, proibiu a divulgação do filme em videocassete.

Em outro momento, o Jornal *O Dia* foi condenado a indenizar a Xuxa por danos morais, em razão da publicação de fotos de fotos da apresentadora nua em reportagem intitulada "Xuxa vai à leilão". As fotos de nudez tinham sido realizadas há mais de vinte anos, em um momento anterior à sua projeção como apresentadora de programas infantis, e a sua republicação lesionou o direito à privacidade, à imagem e à honra da apresentadora, motivo pelo o jornal foi condenado em primeira instância[12].

Todavia, a temática se apresentou em larga escala com os recentes julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos supramencionados Recursos Especiais.

[12] Notícia relatada em MORAES, KONDER, 2012, p. 289.

No Recurso Especial nº 1.334.097/RJ[13], julgado 28 de maio de 2013, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecido que um cidadão denunciado de ter participado, e posteriormente absolvido das acusações, no evento histórico intitulado *Chacina da Candelária* possuiria proteção aos seus direitos da personalidade, em especial o direito de ser esquecido, condenando a emissora de televisão ao pagamento de indenização pela violação a este direito.

O caso versava sobre a reapresentação retrospectiva dos fatos pretéritos pelo programa *Linha Direta*, da emissora Rede Globo Comunicações e Participações S/A, que além de divulgar o evento histórico, identificou todos os cidadãos acusados de participar do evento criminoso, de forma individualizada. O autor foi procurado pela emissora para ser entrevistado, sendo que, além de se recusar a prestar entrevista, informou que não autorizava a divulgação de seu nome.

No julgamento, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça consignou que a exposição do mencionado evento histórico poderia ser realizada sem que fosse mencionado o nome dos autores, de forma que o direito ao esquecimento pleiteado pelo autor deveria se impor. Desta forma, haveria a proteção tanto da história do povo, de um fenômeno histórico marcante, quanto do direito ao esquecimento.

Além disto, entendeu-se que o interesse público sobre a averiguação do crime foi satisfeito com a publicidade do processo penal, sendo que este tende a desaparecer na medida em que se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, ou seja, com a extinção da pena ou com a absolvição irreversível. Nesta toada, o lapso temporal foi considerado um elemento decisivo para a solução do caso.

Nesse sentido é a ementa do mencionado julgamento:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE
>
> IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE

[13] O recurso especial encontra-se disponível para consulta no site do Superior Tribunal de Justiça, em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013 Acesso em: 20 dez. 2020.

> NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO[14].

Por outro lado, no Recurso Especial nº 1.335.153/RJ[15], julgado em 28 de maio de 2013, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer a existência do direito ao esquecimento, entendeu pela sua não aplicabilidade no caso versado, denegando o pedido de indenização pelos danos morais sofridos.

O presente julgamento versava sobre a retratação posterior do episódio pretérito intitulado de *Caso Aida Curi*, realizado pelo programa *Linha Direta* da emissora Rede Globo Comunicações e Participações S/A.

O programa televisivo retratou a vida e a morte dos personagens envolvidos no crime, identificando-os. Os irmãos da vítima moveram ação contra a emissora de televisão com o objetivo de receber indenização por danos materiais e morais, em razão da exposição da imagem da vítima bem como em razão de rememorar todo o sofrimento vivido pela família à época dos fatos. No entanto, no presente caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o crime cometido não poderia ser relatado sem a identificação da vítima.

Desta forma fora relatada a ementa do mencionado julgamento:

---

[14] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013 Acesso em: 20 dez. 2020.

[15] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013 Acesso em: 20 dez. 2020.

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL.VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA[16].

Cabe ressaltar que nesse julgamento, existiam votos divergentes. A Ministra Isabel Galotti entendeu que o fato criminoso divulgado não possuía interesse público ou histórico, de forma que a violação ao direito ao esquecimento deveria ser indenizada. Cabe ressaltar que o presente processo se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, pode-se observar que o direito ao esquecimento passou a ser tema de discussões na pauta contemporânea, sendo analisado pela doutrina constitucionalista, civilista e de direitos humanos. Além de entrar no cenário das discussões doutrinárias, que impulsionaram o seu reconhecimento, o direito ao esquecimento passou a ser tutelado e garantido judicialmente, através de decisões proferidas por diversas instancias do Poder Judiciário brasileiro, tendo, inclusive, sido analisado pela nossa Corte de Legalidade.

Tema de grande relevância, mas que ainda precisa ser mais bem delineado, com fixação de parâmetros claros para a ponderação, tendo em vista a sua colidência reiterada com outros direitos fundamentais, tais como o direito à informação e o direito à memória nacional coletiva.

---

[16] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013 Acesso em 25 jun. 2018

CONCLUSÕES

O direito ao esquecimento pode ser entendido como o uma rejeição do ordenamento jurídico à perseguição do indivíduo, por tempo indeterminado, em razão da prática de atos pretéritos. Entendido como desdobramento das modernas concepções do direito à privacidade, o direito ao esquecimento é inserido no rol dos direitos de personalidade.

Esse direito fundamental entrou na pauta moderna de discussões, sendo analisado e discutido em sede doutrinária bem como reconhecido na seara jurisprudencial de diversos ordenamentos jurídicos.

No cenário europeu, o direito ao esquecimento foi reconhecido pela paradigmática decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2014, tendo impactos relevantes em todos os ordenamentos jurídicos europeus que fazem parte desse bloco regional. Diversos são os países naquele continente que já se posicionaram sobre o tema reconhecendo e invocando proteção ao direito ao esquecimento.

No Brasil, o direito ao esquecimento pode ser visto como um direito fundamental implícito, derivado dos princípios previstos no texto constitucional, que retira seu fundamento direto de validade dos direitos de personalidade, em especial da privacidade, e indireto de validade da dignidade da pessoa humana, valor e princípio máximo, com carga axiológica interpretativa de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Em território brasileiro, o direito ao esquecimento já era tema discutido no âmbito doutrinário desde o final do século XX, mas galgou um maior destaque com o proferimento das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1.334.097 e 1.335.153.

Através da análise das decisões em menção, notou-se que a jurisprudência brasileira vem se posicionamento no sentido de reconhecer a existência do direito ao esquecimento. No entanto, para que seja observada a violação ao direito ao esquecimento pelo exercício abusivo do direito à informação, necessário se faz observar alguns parâmetros.

Em primeiro lugar, deve-se observar se o fato histórico pretérito possui interesse público. Caso o evento histórico possua interesse público, o direito à informação se impõe; caso não possua interesse público, garante-se, de início, a proteção ao direito ao esquecimento.

Em segundo lugar, deve-se observar o lapso temporal do evento histórico ocorrido. De acordo com a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando o direito ao esquecimento envolver matéria penal, a decisão que absolve irreversivelmente o acusado ou a extinção da pena caracterizam os momentos nos quais o interesse público se extirpa.

Em terceiro lugar, deve ser observado se o evento histórico pretérito, que possua interesse público, pode ser divulgado sem a menção aos nomes dos indivíduos envolvidos. Se não houver a possibilidade de divulgação do evento sem a menção dos indivíduos envolvidos, impõe-se o direito à informação; caso contrário, impõe-se o direito ao esquecimento.

Por fim, cabe salientar que os mencionados parâmetros de ponderação foram utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça em apenas dois casos envolvendo a matéria. Ainda se encontra pendente de julgamento Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal que versa sobre a presente questão, de forma que maiores contornos serão visualizados após o pronunciamento da egrégia Corte Constitucional.

O tema é recente e ainda carece de maiores reflexões e aprofundamentos. Talvez por não haver previsão objetiva do direito ao esquecimento na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, muitos ainda estejam incrédulos quanto ao seu reconhecimento, sua validade e, principalmente, sua eficácia.

É claro que todo tema novo causa estranheza, mas não deveria causar incredulidade. Trata-se de questão amplamente abordada pelos tribunais europeus, que já se manifestaram (em mais de uma oportunidade) favoravelmente ao seu reconhecimento.

Decerto que muito ainda precisará ser analisado, tal como a abrangência e a aplicabilidade desse direito, mas o presente trabalho tentou demonstrar, ainda que de forma inicial, algumas considerações que entendeu pertinentes para o debate jurídico nacional.

Que não sejam esquecidas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ, Caso Lebach, bvERFge 35, 202, julgamento em 05.06.1973

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais,* 1ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008

BARROSO, Luis Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* In: *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil,* 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 1988.

_____. Lei nº 12.527, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

_____. Superior Tribunal de Justiça. http://www.stj.jus.br/

_____.https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013.

_____.https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 1984

FRANÇA. Projeto de lei nº 78-17, 1978. Disponível em: https://www.senat.fr/leg/ppl09-093.pdf

ITÁLIA. Projeto de lei nº 2455, 2009. Disponível em: http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0025880

MACHADO, Jónatas E. Machado, *Direito da União Europeia,* 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010

MARTINEZ, Pablo Dominguez, *Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade de informação*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional,* 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008

MORAES, Maria Celina Bodin de., KONDER, Carlos Nelson, *Dilemas de direito civil-constitucional,* 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

PORTUGAL. RTP Notícias, *Direito ao esquecimento,* 17 mai. 2016. Disponível em: http://www.rtp.pt/noticias/pais/o-direito-ao-esquecimento_a919217

RAMOS, André de Carvalho, *Curso de Direitos Humanos,* 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

RODOTÀ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância.* In: *A privacidade hoje,* Maria Celina Bodin de Moraes (org., sel. e apres.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008

RTP Notícias, Direito ao esquecimento, 17 mai. 2016. Disponível em: http://www.rtp.pt/noticias/pais/o-direito-ao-esquecimento_a919217

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988,* 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang, *tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet,* CONJUR, 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet

SARLET, Ingo Wolfgang, *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados,* CONJUR, 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez

SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional,* 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES; Maria Celina Bodin; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio, *Código Civil Interpretado conforme à Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Comunicado de Imprensa nº 70/2014. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf

_____. Extraído do Comunicado de Imprensa nº 70/2014. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 70/2014. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf

O PROCESSAMENTO DE DADOS COMO MECANISMO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM SMART CITIES: algumas considerações em tempos de COVID-19

Claudia Marcia Costa
Faculdade de Direito-Universidade Presbiteriana Mackenzie
São Paulo, Brasil
euskadi@terra.com.br

Pedro Fontes de Paula
Faculdade de Direito-Universidade Presbiteriana Mackenzie
São Paulo, Brasil
pefon57@gmail.com

Resumo: A tecnologia faz parte da vida de todos, de modo indistinto. Assim, projetos de Smart Cities, aquelas cidades que utilizam - em geral - dispositivos para monitorar e gerenciar as ruas e espaços públicos da cidade, estão sendo discutidos e implementados por todo o mundo. Utilizando-se da tecnologia da informação, as cidades podem concluir uma transição às metas de desenvolvimento sustentável e, para tanto, diversos recursos estão à disposição do Poder Público para auxiliá-los nesse percurso, como a Internet da Coisas (IOT), a Inteligência Artificial (IA) e o Processamento de dados. O presente trabalho, ainda que não definitivo sobre a temática, tem como problema de pesquisa a análise do uso indiscriminado do Processamento de dados e suas possíveis ofensas aos direitos fundamentais, no contexto das Smart Cities em tempos de covid 19, adotando como marco a Agenda 2030 da ONU, mais especificamente seus ODS 8, 9, 10, 11 e 16. Como hipótese, entende-se que o Processamento de Dados é um instrumento aliado ao desenvolvimento do ser humano, porém, seu uso deve ser cauteloso, de forma a evitar consequências contrárias a tais objetivos. Para cumprir com os procedimentos metodológicos, parte-se de uma análise documental e teórica, nacional e internacional, e a partir delas foi feita uma análise dedutiva, com o método qualitativo de pesquisa. Vê-se, portanto, nessa análise preliminar, casos específicos de utilização de Processamento de Dados que ajudaram o Poder Público na tarefa do desenvolvimento de Smart Cities – como em algumas cidades a partir da Pandemia da Covid-19. É certo, pois, que a análise é realizada de forma crítica, não deixando de ressaltar os problemas que podem surgir da utilização indiscriminada do processamento de dados.

Palavras-chave: Proteção de dados; Processamento de dados; Smart Cities; Covid 19, Pandemia, Desenvolvimento sustentável.

Abstract: Technology is part of everyone's life in an indistinct way. Thus, Smart Cities projects, those cities that use - in general - devices to monitor and manage the streets and public spaces of the city, are being discussed and implemented around the world. Using information technology, cities can complete a transition to sustainable development goals and, to this end, several resources are available to the Public Authorities to assist them in this journey, such as the Internet of Things (IOT), Artificial Intelligence (AI) and Data Processing. The present work, although not definitive on the subject, has as its research problem the analysis of the indiscriminate use of Data Processing and its possible offenses against fundamental rights, in the context of Smart Cities in times of covid 19, adopting as a framework the UN Agenda 2030, more specifically its ODS 8, 9, 10, 11 and 16. As a hypothesis, it is understood that Data Processing is an instrument allied to human development, but its use must be cautious, in order to avoid consequences contrary to such objectives. In order to comply with the methodological procedures, a national and international documentary and theoretical analysis has been carried out, using the qualitative research method. Therefore, in this preliminary analysis, we see specific cases of Data Processing usage that helped the Public Power in the task of developing Smart Cities - as in some cities from the Covid-19 Pandemic. It is true, therefore, that the analysis is carried out in a critical manner, not forgetting the problems that may arise from the indiscriminate use of data processing.

Key-Words: Data protection; Data processing; Smart Cities; Sustainable development; COVID-19, Pandemics.

INTRODUÇÃO

Podemos dizer que, se o século XIX foi o século da Ciência, o século XX foi o século da Tecnologia, especialmente depois dos anos 70 e, ocorreu com certeza, de forma global. Este cenário contemporâneo mostra que a tecnologia (inclusive a biotecnologia que já começa a ser vista como principal característica do século XXI) domina de forma direta ou indireta, as relações humanas, sejam de trabalho, de comunicação e, certamente nas diversas interações dentro do complexo vivo das cidades. Segundo a ONU, atualmente 55% da população mundial vive em áreas urbanas e a expectativa é de que esta proporção aumente para 70% até 2050.

Dentro desse contexto, contamos com as técnicas de processamento de dados como importante ferramenta, principalmente dentro do que se

convencionou chamar *Smart Cities*, cujos conceitos e interfaces serão apresentados e discutidos neste estudo e se mostram essenciais na discussão de sua aplicação no momento em que ainda vivemos uma pandemia causada pelo COVID 19.

Ademais, a aplicação dessas técnicas no contexto da pandemia não se dissocia, em absoluto (até porque se relacionam estreitamente) de outra fundamental ferramenta de transformação socioambiental, econômica, cultural e institucional: os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e suas 169 metas, dentro da agenda intitulada "Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", lançada em 2015. Dentre esses 17 ODS, destacam-se neste estudo todos aqueles relacionados mais diretamente com a gestão (das Cidades) da urbe: o ODS 8 (Trabalho decente e crescimento econômico), o ODS 9 (Indústria, inovação e infraestrutura) e, principalmente, o ODS 11 (Cidades e Comunidades Sustentáveis).

A importância do trabalho e da correlação dos temas está na presença incontestável da concepção de *Smart Cities* dentro do que se pretende ser um efetivo desenvolvimento sustentável. Ressaltamos que a percepção dessa relevância possui caráter internacional, uma vez que já se é possível notar um movimento global em direção à transição para cidades inteligentes. Algumas capitais do mundo já são conhecidas por sua agenda de implementação de projetos de desenvolvimento inteligente, tais como: Nova York, Barcelona, Amsterdã, Xangai. Porém, o que se observa atualmente é a dispersão desse projeto em cidades não tão conhecidas no ocidente. O maior exemplo disso é a cidade de Songdo, localizada na Coreia do Sul, que foi projetada e construída para ser uma *Smart City*. Atualmente, é o maior modelo de cidade inteligente conhecido.

Como anteriormente mencionado, aliado à ideia de transição global às *Smart Cities*, encontra-se a ferramenta que viabiliza isso: o processamento de dados pessoais, que contempla a coleta, o armazenamento, a recepção, a classificação, a utilização, a transmissão, a difusão, a modificação, o controle, etc. da informação . Contudo, nota-se que esse uso tão abrangente de dados pessoais, inclusive justificável pelo momento de pandemia vivido, pode ocasionar um irreversível problema com a privacidade dos cidadãos daquela cidade, violando direitos conquistados, comprometendo o funcionamento do Estado Social e Democrático de Direito, bem como impedindo a consecução dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU.

A partir dessa breve contextualização e justificativa, apresentamos o problema de pesquisa para o desenvolvimento desse trabalho: como atingir a sustentabilidade almejada pelos projetos de *Smart Cities*, em correspondência à agenda 2030 e os ODS da ONU, por meio do uso do processamento de dados pessoais, sem que seu uso indistinto possa acarretar graves problemas de privacidade à sociedade, especialmente em momentos como os vividos com a crise pandêmica-Covid 19?

Neste estudo vê-se que, por um lado, é certo que há um vasto uso do dado pessoal em projetos de *Smart Cities*, e não há como negar que essa é uma ferramenta indispensável para a transição de cidades comuns a cidades inteligentes. No entanto, por outro lado, pela experiência das cidades que já concluíram a transição, nota-se seu uso irrestrito. Isso é evidenciado pelo fato de que o atual problema da comunidade científica, é a má condução do tratamento de dados, ocasionando coleta excessiva de dados sensíveis, vazamentos e, consequentemente, perda da privacidade.

Para confirmar a hipótese acima, foi trazido um panorama crítico sobre as interfaces entre as técnicas de processamento de dados pessoais, as *Smart Cities* e os ODS. Deve-se, ademais, ressaltar que no trabalho buscou-se investigar casos específicos de processamento de dados pessoais realizado por cidades no contexto da pandemia da COVID-19; entender, em linhas gerais, os conceitos de *Smart City*, Internet das Coisas e processamento de dados pessoais; e com todos os outros objetivos bem destacados, examinar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e como o tratamento de dados pode ser usado nesse contexto de forma equilibrada e de acordo com os preceitos de um Estado Social de Direito, no momento da crise da pandemia do COVID-19, de modo a superar as falhas já mencionadas.

O estudo parte de uma visão conceitual central para depois detalhar o problema, notadamente na exemplificação do como tem sido uso do tratamento de dados, a partir dos conceitos, modelos e teóricos estudados, a fim de formular algumas reflexões e conclusões sobre os temas em apreço.

Assim, espera-se contribuir para um debate contemporâneo e crítico sobre o uso racional e equilibrado do uso dos dados pessoais nas *Smarts Cities*, de modo que possam ser cumpridos, efetivamente, os ODS e, principalmente, para que sejam respeitados os direitos humanos, preservada a dignidade da pessoa humana e o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ditames

consagrados interna e internacionalmente e que merecem a devida atenção e cuidado em prol de um Estado Social de Direito.

1. Processamento de dados, *Smart Cities* e COVID-19: casos recentes

Em meio ao caos instalado no mundo em 2020, a tecnologia surge para transformar paradigmas, ideias e conceitos. Cidades do mundo todo, já com projetos inteligentes, utilizaram-se da Internet das Coisas (IOT) para tentar minimizar o efeito catastrófico da pandemia do COVID-19.

Adota-se um conceito amplo, a IOT pressupõe utilização de processamento de dados pessoais e Inteligência Artificial (IA). Usualmente, essa ferramenta desenvolve-se pela comunicação entre máquinas (*machine-to-machine* ou M2M), de modo que seja possível integrar utensílios de uso ordinário a microdispositivos dotados de *deep learning* (forma mais desenvolvida da inteligência artificial) para captar dados pessoais, alimentando o *software* com sua geolocalização, seus hábitos, sua rotina diária, seus programas preferidos, etc. O IOT é uma ferramenta recente mas já consagrada, que dá forma às Smart Cities. Essas, por sua vez, são projetos de gerenciamento e desenvolvimento urbanístico que utiliza-se de ferramentas como o IOT, inteligência artificial e processamento de dados para atender às necessidades da população, com o menor gasto e maior eficiência. O conceito de *Smart City* evoca a ideia de uma rede, uma analogia de teia, em que no centro está a cidade em si, o governo (controlador) [1] e as ramificações da teia são as informações. Estas, por sua vez, só chegam até o centro com a ajuda de dispositivos que fazem parte da IOT. Acertado dizer que a coleta de informações feita nas *Smart Cities* provêm de sensores, e estes, por sua vez, dividem-se em dois tipos: sensores integrados nos utensílios ordinários de uso comum, a rigor, entende-se por smartphones, fornecendo uma grande quantidade de dados pessoais a cada segundo, como dados biométricos, geolocalização, dados de navegação etc. E aqueles inseridos na infraestrutura da cidade, como câmeras, os sistemas integrados do metrô etc. Desse modo, é correto afirmar que a IOT consiste na conexão desses sensores, a grande teia de plano aberto, que leva as informações ao centro, o Governo.

Durante a pandemia mundial, até o momento, assola todos continentes, cidades desenvolveram projetos inovadores para conter o contágio. Pode-se

[1] Para fins explicativos, adotar-se-ão os termos "controlador" e "operador" para o governo ou governante ou gestor do projeto de *smart city*.

dividir os aplicativos em dois grupos: o primeiro consoante aos aplicativos que não captam dados biométricos e o segundo aqueles que captam. Como exemplo do primeiro grupo de aplicativos, elenca-se o "TraceTogether", utilizado em Singapura - cidade-estado amplamente conhecida pela implementação de projetos de Smart City. O aplicativo em questão, que foi desenvolvido pela Agência de Tecnologia do Governo em parceria com o Ministério da Saúde, tem como objetivo rastrear indivíduos que foram - possivelmente - expostos ao vírus, por meio de sistemas de Bluetooth. A mecânica acontece da seguinte forma: Duas pessoas se encontram (A e B). Ao chegarem a uma distância de menos de 1,3m um do outro, o sistema bluetooth dos aplicativos registram a ocorrência. Posteriormente, se A tiver sido contaminado, com teste positivo para COVID-19, o aplicativo manda um alerta para B, notificando-o que ele entrou em contato com alguém infectado, e está correndo risco de contaminação. Esses dados pessoais coletados pelo aplicativo podem ser compartilhados com hospitais, ministério da saúde e terceiros interessados. Semelhante a esse aplicativo nota-se o Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing, utilizado na União Europeia, com mecânica semelhante ao supracitado.

O segundo grupo de aplicativos foi menos utilizado, contudo, ainda sinalizam-se alguns exemplos. O funcionamento desses aplicativos segue um padrão, a utilização de dados biométricos e reconhecimento facial como instrumento na restrição de cidadãos infectados. Ao ter seu exame positivo para COVID-19, o cidadão tem seus dados biométricos coletados e armazenados, fluindo para a base de dados local. Diante desse dado sensível, o sistema de câmeras do governo pode ser utilizado para executar o reconhecimento facial, enviando um alerta às autoridades para conter e orientar o cidadão a retornar à quarentena. Esses aplicativos, utilizado em países como a Polônia, a Rússia e a China, tratam dados sensíveis, aqueles que mais devem ser protegidos, desse modo, essa foi a justificativa para a maioria dos países não utilizar tal técnica.

Atualmente, a recente inovação trazida pela pandemia foi o uso de aplicativos para alertar os cidadãos quanto ao momento de vacinação. O "Conecte SUS" é um aplicativo desenvolvido pelo Governo Brasileiro, com o qual a população pode acompanhar o andamento da aplicação das doses da vacina contra a COVID-19. Contudo, é necessário salientar que, embora recente, já foram constatados diversos aplicativos falsos, que se passam pelo aplicativo

oficial, para realizar o chamado "*phishing*"[2], prática criminosa – e muito comum – nos meios eletrônicos, que consiste na captura de dados pessoais através de manipulações de interfaces, fazendo com que o cidadão acredite que aquele é o aplicativo governamental.

O IOT é uma ferramenta presente, que interage com diversos ramos da vida privada de um cidadão, pois está presente no setor do transporte, segurança, educação, e no atual momento de pandemia, especialmente nos setores da saúde, trabalho e bem-estar etc. Ele pode, inclusive, afetar decisões políticas, implicando em medidas sociais, como por exemplo a coleta de dados por meio de aplicativos com a finalidade de implementar o auxílio emergencial no governo brasileiro[3]. Diante desse panorama dilatado de informações, as *Smart City* captam uma vasta quantidade de dados pessoais e sensíveis, que serão usados como pano de fundo para a realização das funcionalidades e desenvolvimento de tarefas. Em específico para o caso do COVID-19, nota-se uma ampla utilização dessa tecnologia para conter a ameaça do contágio, utilizando-se, sempre, do uso de dados pessoais.

Dentro dessa perspectiva, é importante verificar os eventuais problemas e consequências da ampla utilização da IOT, demonstrando como tais mecanismos podem representar uma barreira ao propósito central das *Smart Cities,* a transição à sustentabilidade com a conclusão dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) projetados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em sua Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável, especialmente em se tratando de situações extraordinárias, como a atual Pandemia Mundial.

De um modo geral, o processamento de dados é um instrumento à disposição do controlador, que nutre o IOT de informações, para que seja possível a execução de tarefas com a minimização dos erros e vieses, com vistas à celeridade e eficiência. É ampla a cadeia de possibilidades do uso de dados no auxílio ao desenvolvimento de *Smart Cities*, pois esses dados podem ser empregados no sistema de justiça, auxiliando juízes em decisões, podem ser utilizadas em delegacias de polícia, organizando melhor a força policial, há utilização no transporte, configurando rotas aplicáveis e descongestionadas, no auxílio à contenção da disseminação de um vírus de escala mundial, como dos

[2] Para mais informações sobre "phishing" acessar: https://www.phishing.org/what-is-phishing

[3] Medida Provisória nº 937, 2020

exemplos apresentados anteriormente. Contudo, seu lado positivo pode ser adjacente a problemas, como a perda de privacidade, trazendo severas consequências aos cidadãos.

2. Tratamento de dados pessoais e o COVID-19

A pandemia causada pela doença transmitida pelo Coronavírus Sars-Cov-2 trouxe inúmeras consequências para a população mundial. Devido a rapidez do contágio e inúmeras consequências causadas no âmbito da saúde, diversos governos de Estados do mundo tiveram que tomar decisões urgentes e necessárias para conter a pandemia, além de tratar dos indivíduos infectados, minimizando ao máximo o número de mortes.

Este artigo não pretende a averiguar os sintomas, tipos de sequelas, números de transmissão, contágio ou contenção da COVID-19, no entanto a rapidez na disseminação dessa doença, expressada pelo número relativo de mortes e sequelas, levam a uma análise mais profunda no sentido de conter o avanço da doença. No momento da redação deste artigo, nos encontramos numa fase de espera para vacinação no Brasil. Alguns países já começaram com esse processo no mês de Dezembro, além de testes de outras possibilidades de vacina que está sendo feito no mundo todo.

É fato, no entanto, que as limitações causadas pela transmissão da covid-19 foram de diversas índoles, inclusives na não defesa de alguns direitos fundamentais do indivíduo, como o direito de locomoção, o direito de ir e vir, o direito à saúde e o direito à privacidade, diante do próprio controle da pandemia. Claro é, que a disseminação da pandemia vem causando estragos na economia mundial, e por isso a tentativa de conter a disseminação (inclusive agora com a descoberta de novas Cepas do vírus de alta transmissibilidade) vem levando os Estados em insistirem em medidas de isolamento e "lockdown" nas cidades, como maneira mais segura de conter os obstáculos impostos pela doença, mas também a utilização de dados pessoais para monitorar o contágio do COVID-19.

Informações sobre a geolocalização dos cidadãos para monitorar o percentual de pessoas infectadas, ou para efetivar as medidas de isolamento em regiões, foram consideradas durante o ano de 2020. Conforme citado no tópico acima, muitas cidades já utilizam-se dessa tecnologia, e essa relação, apontada nesse estudo, de manter a cidade funcionando a partir das metas definidas pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com o monitoramento dos cidadãos

por meio da coleta de dados pessoais leva ao questionamento sobre a garantia da não disseminação desses dados pessoais, além da manutenção de direitos elementares como a intimidade e privacidade de toda a população. Sabe-se que a preocupação com a segurança de informações pessoais por meio de plataformas digitais, aplicativos ou redes sociais não é uma preocupação recente. A pergunta que permanece é se a Lei Geral de Proteção de Dados, nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, atrelada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("ANPD"), entre outros instrumentos normativos como o Código de Defesa do Consumidor, podem ser suficientes para proteger o sigilo aos dados pessoais em um momento em que não se há uma garantia da transparência do uso e tratamento desses dados por parte do Poder Público.

É, evidentemente, positivo, na garantia da manutenção de uma cidade saudável a utilização de dados pessoais, tais como endereço, histórico médico, cédula de identidade, por meio de aplicativos, podem ser úteis para a proteção de toda a coletividade. O que sobressalta o debate amplo deste tópico: a prevalência da coletividade ou da individualidade. Como demonstrado no tópico anterior, o uso cauteloso, minimizado e diligente desses dados pessoais podem se mostrar com resultados positivos, sobretudo para o enfrentamento de uma pandemia mundial.

3. Algumas considerações sobre o processamento de dados e ODS em tempos de COVID-19

No ano de 2015, na cidade de Nova York, todos os 193 Estados-membros da Organização das Nações Unidas ("ONU") firmaram a proposição de um projeto: "Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável". Desse projeto surgiram 17 objetivos e 169 metas para transformar o mundo em um lugar melhor; são eles os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ("ODS").

O objetivo com esse projeto era aquilo que se espera de uma sociedade moderna e tecnológica: acabar com a pobreza e a fome em todos os pontos do mundo, combatendo a desigualdade, construindo sociedades pacíficas, justas e inclusivas, sempre tendo como pano de fundo a proteção aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, reduzindo as diferenças de gênero, afirmando o empoderamento das mulheres e, finalmente, consagrando a proteção prolongada aos recursos naturais.

Diante desse panorama, as chamadas *Smart Cities* passam a pressupor, em sua essência, um conjunto de ações que têm como objetivo garantir condições materiais mínimas para o desenvolvimento de uma vida digna e saudável à sociedade, buscando a erradicação da pobreza e da marginalização, aliada às inovações tecnológicas, objetivos esses que se harmonizam com aqueles estabelecidos pela ONU em 2015, a exemplo dos ODS 1 (erradicação da pobreza) e 10 (redução das desigualdades).

Como formulado por Laura Magalhães:

> as cidades inteligentes devem absorver a ideia de imperatividade de preservação ambiental, não apenas para os seres humanos, mas também para os animais não humanos e para a natureza em si, o que também está em consonância com outros ODS, como os relacionados ao meio ambiente natural (ODS 14 E 15), bem como ao ODS 11 (Cidades e comunidades sustentáveis), que deve abarcar não só o aspecto natural já mencionado, mas também aqueles relacionados à dignidade do ser humano, que perpassa por um trabalho decente (ODS 8) e por bases econômicas estruturais que sejam inovadoras (ODS 9).

Dessa forma, a garantia de aplicação e proteção destas variáveis deve ser necessariamente vinculada, permanecendo sempre os princípios da cidade, dos direitos humanos e do meio ambiente. No caso do Brasil, em sua Constituição Federal esse pontos estão ressaltados expressamente no Título Primeiro, e devem ser assegurados em todas as situações, inclusive na condição atual, de Pandemia.

Ressalta-se, então, que o principal propósito de um Estado Social de Direito é, em síntese, a salvaguarda de direitos fundamentais, em que se inserem a dignidade, o direito ao meio ambiente e a outros de matiz fundamental, bem como revelam um inadiável dever jurídico-político-social dos governos e da coletividade, cuja base deve estar fincada na democracia participativa e no valor agregado à natureza, bem como no bem-estar das sociedades humanas, relacionando-se, assim, às características fundamentais do princípio constitucional da solidariedade

Diante desse contexto, nota-se o advento das *smart cities* como um marco econômico e social. Contudo, é fundamental ressaltar, para a completude do artigo, que todos os exemplos e conceitos supra elencados são incongruentes, de modo que as ferramentas do IOT e das *smart cities* utilizadas no momento da Pandemia do COVID-19 transpassaram certos limites, de modo que os ODS tiveram seu papel como coadjuvante na agenda das cidades inteligentes em

momento de crise. É inegável que houve benefício do uso do processamento de dados para a contenção da doença, porém, a partir dos exemplos mencionados, pode-se concluir que certas ações das autoridades públicas foram exageradas, e pouco transparentes, deixando diversas liberdades civis para trás.

CONCLUSÃO

As chamadas cidades inteligentes são uma ferramenta que pode ajudar a desenvolver os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, no contexto de sua agenda 2030, auxiliados pelos mecanismos de processamento de dados pessoais. Dados sobre condições humanas de saúde, trabalho, moradia, já eram utilizados por alguns países, como salientado no texto, mas, com o advento da pandemia da COVID-19 acelerou a possibilidade do uso desses dados pessoais, sem haver, no entanto, uma legislação adequada, regulamentadora, que trouxesse uma segurança eficaz à tais dados. Por isso, conclui-se que este trabalho não teve seu tema exaurido aqui, ao contrário, apenas se deixa uma reflexão sobre as imensas possibilidades e caminhos para a utilização dessas informações, posta a interface das cidades inteligentes, que consiga preservar os direitos e a dignidade da pessoa humana.

Os perigos são variados, como a má condução do tratamento de dados por parte do Poder Público, coleta excessiva e sem consentimento, proteção precária à tais dados, resultando na perda da privacidade e da intimidade, como salientado ao longo do texto. No entanto, espera-se que o debate crítico sobre o uso racional e equilibrado dos dados pessoais nas *smart cities* possa, efetivamente, dar cumprimento aos ODS, preservando - sempre - os princípios e direitos conquistados pelo estabelecimento do Estado Democrático e Social de Direito.

Por fim, resta esperar que com o desenvolvimento da vacina contra o vírus e a progressiva imunização da população das cidades do planeta, venha o uso adequado do tratamento de dados pessoais, favorecendo esse processo de proteção de direitos. Como reiterado diversas vezes ao longo do texto, a tecnologia é constante, sua evolução é rotina. Para tanto, é essencial que a inovação não sopese os direitos historicamente conquistados, evitando, ademais, impedir o avanço proporcionado pela Agenda 2030 e seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ADORNO. T. W. Sociologia e investigación empírica. In: *La Disputa del Positivismo en La Sociología Alemana*. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973.

AI NOW Institute. *Litigating algorithms*: Challenging government use of algorithmic decision systems. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/litigatingalgorithms.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020

_____. *Discriminating Systems*: Gender, Race, and Power in AI. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/discriminatingsystems.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020

_____. *Litigating algorithms 2019 US Report: New Challenges to Government Use of Algorithmic Decision Systems*. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/litigatingalgorithms-2019-us.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>. Acesso em: 22 nov. 2020

BABU, T. Giri; SWATHI, P. Internet of Things & Big Data Analytics for Smart Cities - A Case Study. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3167771>. Acesso em: 21 nov. 2020

BARROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Big-Data%27s-Disparate-Impact-Barocas-Selbst/1d174f0e3c391368d0f3384a144a6c7487f2a143>. Acesso em: 20 nov. 2020

BRAUNEIS, Robert; GOODMAN, Ellen P. Algorithmic Transparency for the Smart City, 20 Yale J. L. & Tech. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3012499. Acesso em: 21 nov. 2020.

CAPDEVILA, Ignasi; ZARLENGA, Matías I. *Smart City or smart citizens?* The Barcelona case. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2585682>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CARRERA, Fernanda; CARVALHO, Denise. *Algoritmos Racistas*: uma análise da hiper-ritualização da solidão da mulher negra em bancos de imagens digitais. Disponível em: <http://www.compos.org.br/biblioteca/trabalhos_arquivo_PV7RU5XQ0B8R1YVX2D6Z_28_7610_22_02_2019_06_23_22.pdf> . Acesso em: 24 nov. 2020

COMISSÃO EUROPEIA. Citykeys indicators for smart city projects and smart cities, 2017. Disponível em: <http://nws.eurocities.eu/MediaShell/media/CITYkeysD14IndicatorsforsmartcityprojectsandsmartcitiesFINAL.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020

de SABOIA, Daniel. Inteligência Artificial e Justiça. 30 de Agosto de 2019. Universidade Presbiteriana Mackenzie

ECKHOUSE, L. et al. *Layers of Bias*: A Unified Approach for Understanding Problems With Risk Assessment. 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0093854818811379?casa_token=lSQI7wuMiWMAAAAA%3AWs_2fYRn9CRIo0yzEVLelJNeNXY9NViAx7ThdXBnxTEsZ7BtrvT3BkFcjkp09ve8R3PFtykPpmPH>. Acesso em: 24 nov. 2020

EPIC - ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. Algorithms in the Criminal Justice System. Disponível em: <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/>. Acesso em: 24 nov. 2020

FRASER, Nancy. 2001. "rom redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: *The new social theory reader*. S. Seidman; J. Alexander. (orgs.). 2001. Londres: Routledge, pp. 285-293.

FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin; et al.: *Inteligência Artificial e Direito*: Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KEHL, Danielle.; GUO, Priscilla.; KESSLER, Samuel. Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. In: *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society*, Harvard Law School. 2017. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33746041>. Acesso em: 24 nov. 2020

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 10 out. 2020

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

OCDE. Rastreamento e monitoramento da COVID: proteção da privacidade e dos dados pessoais na utilização de aplicativos e biometria. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/rastreamento-e-monitoramento-da-covid-protecao-da-privacidade-e-dos-dados-pessoais-na-utilizacao-de-aplicativos-e-biometria-78260de1/>. Acesso em: 15 nov 2020

OSOBA, Osonde; WELSER, Willian. An Intelligence in our image: The risk of bias and errors in Artificial Intelligence. Santa Monica: Rand Corporation, 2017.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society*: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PHISHING, Org. What is Phishing? Disponível em: < https://www.phishing.org/what-is-phishing>. Acesso em: 02 jan 2021

PROPUBLICA. *Machine Bias* - There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Black. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 24 nov. 2020

Relatório Mundial 2018: Estados Unidos | Human Rights Watch. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313415>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SADWSKI, Jathan; PASQUALE, Frank. *The Spectrum of Control*: A Social Theory of the Smart City, University of Maryland Francis King Carey School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015–26. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2653860>. Aces so em: 24 nov. 2020.

SANTOS, Rafa. Uso de dados telefônicos pessoais para combate à Covid-19 gera dúvidas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/uso-dados-pessoais-combate-covid-19-gera-duvidas>. Acesso em: 25 nov 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SHELTON, Taylor; ZOOK, Matthew; WIIG, Alan. *The actually existing smart city*, Cambridge Journal of Regions, Economy and Society. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477482>. Acesso em: 24 nov. 2020.

PROTEÇÃO DE DADOS E PLATAFORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: desafios da segurança da informação e oportunidades

Fernanda Bragança
Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora visitante na Université Paris I.
Pesquisadora CIAPJ/FGV
fernandabraganca@id.uff.br

Juliana Loss de Andrade
Université Paris I
Professora e Coordenadora Técnica de Mediação da FGV
juliana.loss@fgv.br

Renata Braga Klevenhusen
Pós doutora pelo IFCS/UFRJ/Coimbra (2019) e pelo IMS da UERJ (2009)
Professora adjunta do Curso de Direito da UFF (PUVR/ICHS)
renatabragak@terra.com.br

Resumo: A proteção de dados nos moldes exigidos pelas recentes legislações provocará uma mudança significativa na rotina das empresas e tudo indica que fará diferença na escolha e percepção dos consumidores e clientes. Este cenário repercute diretamente nas plataformas de solução de disputas por duas perspectivas. A primeira é que elas lidam com um conjunto de informações pessoais e de cunho confidencial que precisam estar devidamente protegidas e com a sua inviolabilidade garantida. A segunda é que podem contribuir significativamente para a gestão dos conflitos entre o titular e a empresa decorrentes do tratamento de dados. Este artigo se propõe a investigar as seguintes questões: quais as medidas devem ser adotadas tendo em vista a ampliação da segurança da informação nas plataformas de resolução de conflitos? Qual a viabilidade de utilização da *online dispute resolution* para o equacionamento de disputas decorrentes do tratamento de dados pessoais? Como fica o direito de revisão à medida que os sistemas caminhem para uma automatização da tomada de decisão? A metodologia de pesquisa se baseou em uma revisão bibliográfica sobre esses assuntos.

Palavras-chave: Online dispute resolution; Plataformas de solução de conflitos; Proteção de dados; LGPD; Segurança da informação.

Abstract: The protection of data in the manner required by recent legislation will cause a significant change in the routine of companies and everything indicates that it will make a difference in the choice and perception of consumers and

customers. This scenario has a direct impact on dispute resolution platforms from two perspectives. The first is that they deal with a set of personal and confidential information that needs to be properly protected and with its guaranteed inviolability. The second is that they can contribute significantly to the management of conflicts between the holder and the company arising from the processing of data. This article aims to investigate the following questions: which measures should be taken in face of the expanding information security on conflict resolution platforms? How feasible is it to use online dispute resolution to resolve disputes arising from the processing of personal data? How does the right of review look like systems move towards automating decision making? The research methodology was based on a literature review on each of these subjects.

Keywords: Online dispute resolution; Data protection; LGPD; RGPD; Information security.

INTRODUÇÃO

A Lei brasileira de Proteção de Dados (LGPD) foi inspirada no Regulamento geral de proteção de dados da União Europeia que entrou em vigor em 25 de maio de 2018. A LGPD já teve sua vigência postergada por algumas vezes e uma parcela considerável de dispositivos entrou em vigor recentemente (BRAGANÇA; MIRANDA NETTO, 2020, pp. 235-236).

Em razão da crescente migração de diversas atividades para o ambiente da *internet*, os dados pessoais se tornaram bens valorizados e carentes de maior proteção. A forma de tratamento deste conteúdo promete ser um dos principais diferenciais competitivos entre as empresas e instituições no mercado, uma vez que a confiança e a segurança são valores muito requisitados nas relações no ciberespaço.

A transferência de dados e informações pessoais é um pressuposto para a solução de conflitos em ambiente eletrônico. Em grande parte das plataformas de ODR, isso acontece já na primeira etapa de cadastro. Em procedimentos de mediação e processos arbitrais eletrônicos é comum, inclusive, o compartilhamento de uma série de documentos como memoriais, atas e relatórios técnicos que expõem a realidade econômica individual ou da empresa.

Este artigo se propõe a investigar as seguintes questões: quais as medidas devem ser adotadas tendo em vista a ampliação da segurança da informação nas plataformas de solução de conflitos? Qual a viabilidade de utilização da *online*

dispute resolution para o equacionamento de disputas decorrentes do tratamento de dados pessoais? Como fica o direito de revisão à medida que os sistemas caminhem para uma automatização da tomada de decisão? A metodologia de pesquisa se baseia em uma revisão bibliográfica nacional e estrangeira que aprofunda essas temáticas.

1. Dados pessoais e segurança da informação

Os desenvolvedores de plataformas de solução de conflitos precisam prever ferramentas que confiram segurança aos processos de coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração desses dados.

Thiago Veloso Costa (2019) ressalta uma grande preocupação quanto a ataques cibernéticos nas Câmaras arbitrais digitais, tendo em vista que as mesmas lidam, em geral, com questões que envolvem montantes financeiros significativos, documentos que contém informações empresariais que devem permanecer confidenciais e até segredo comercial.

Não há um procedimento padrão – nem a nível internacional e tampouco nacional – para a obtenção de uma segurança de dados mais elevada nesses sistemas. Cada plataforma deve prever a sua política orientada de acordo com a legislação pertinente. Este protocolo de cibersegurança deve ser lido e aceito por todos os usuários e participantes da ODR.

Thiago Veloso Costa (ob. cit.) propõe algumas medidas a serem implementadas nesses ambientes voltados à solução eletrônica e adequada de conflitos: previsão de *softwares* de *firewalls* e antivírus modernos e atualizados conjuntamente com a rotina de realização de *backups* e armazenamento de dados em ambientes seguros por criptografia ou anonimização; coleta das informações estritamente necessárias e rotina de verificação e exclusão de dados antigos; esclarecimento sobre todos os aspectos do tratamento de dados aos seus titulares; criação de política e instruções voltadas à prevenção e detecção de vazamento de dados pessoais, bem como a prévia determinação das atitudes a serem tomadas nesses casos.

2. Proteção de dados e conflitos

As dificuldades relacionadas à adaptação das empresas e instituições à LGPD tendem a gerar um grande número de demandas no Judiciário (MARTINS; MONTEIRO, 2020). E as plataformas de solução de disputas *online* podem ser um espaço importante para o equacionamento dessas disputas (TEIXEIRA, 2020).

O artigo 55-J, inciso XXIV da LGPD prevê dentre as atribuições da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD a implementação de mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais. Além disso, o artigo 52, parágrafo 7º estabelece que os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de dados pessoais poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação de determinadas penalidades.

A LGPD traz um mecanismo muito semelhante ao modelo europeu para solução de disputas entre os titulares e os controladores dos dados. O primeiro passo recomendado é sempre o titular entrar em contato com o responsável pelo tratamento dos dados para verificação do problema. Adicionalmente, o titular poderá propor uma reclamação administrativa em face do controlador junto à ANPD.

Essas disposições normativas estimulam a autocomposição e não excluem, portanto, a atuação da ANPD. Cabe destacar ainda que o uso da via consensual é sempre uma faculdade da parte, não obstante o grande estímulo à consensualidade proposto pela legislação.

A ANPD pode contribuir significativamente com o uso de ODR para solução dos conflitos decorrentes da LGPD através de uma política de prevenção e de conciliação, preferencialmente digital, tendo em vista favorecer a adequação de agenda para o comparecimento das partes.

Diante de todas as novidades que permeiam a proteção de dados, os desfechos das reclamações submetidas à ANPD precisarão ser rápidos de modo a evitar a formação de um passivo de demandas administrativas e a perpetuação de danos ao titular dos dados. Uma forma de garantir a praticidade e a otimização necessárias à gestão desses casos é através da *online dispute resolution*.

A criação de uma plataforma própria para solução de disputas de um determinado setor, ainda que não seja a opção mais utilizada, não é uma novidade no Brasil.

Em 2010, a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) promulgou a resolução nº. 226/2010 e criou um procedimento de solução pré-processual de conflitos denominado de notificação de intermediação preliminar (NIP) para dirimir as disputas entre os beneficiários e as operadoras de planos privados de saúde. Os usuários podem submeter um requerimento tanto de natureza assistencial quanto não assistencial[1].

A reclamação precisa ser relacionada ao consumidor individualmente considerado. Assim, demandas coletivas e difusas não podem ser tratadas por meio do NIP. Todas as três fases do procedimento[2] – intermediação preliminar, classificação da demanda e classificação residual de demandas pelos fiscais[3] - transcorrem em ambiente eletrônico.

A ANS entende o NIP como uma mediação de conflitos[4], mas cabe destacar que o procedimento tem suas particularidades. A rigor, portanto, o resultado não é fruto de um acordo construído a partir de uma facilitação do diálogo entre as partes.

Uma vez submetida a queixa, a operadora do plano de saúde será notificada para adotar as medidas necessárias. A empresa deverá apresentar uma resposta e anexar os documentos que comprovem, inequivocamente, a solução do problema ou a não procedência da demanda do beneficiário em 5 dias úteis ou 10 dias úteis, conforme a natureza assistencial ou não assistencial do NIP.

Nos 10 dias subsequentes, a demanda será considerada resolvida caso o consumidor informe que o conflito foi solucionado pela operadora; ou não efetue contato de retorno junto à ANS comunicando que a demanda ainda carece de uma

---

[1] Exemplos de reclamações de natureza não assistencial: reajustes de plano de saúde, cumprimento de carências, descumprimento contratual, entre outros.

[2] Atualmente regulado pela Resolução n. 388 de 25 de novembro de 2015.

[3] Cf. artigo 9º da Resolução n. 388 de 25 de novembro de 2015.

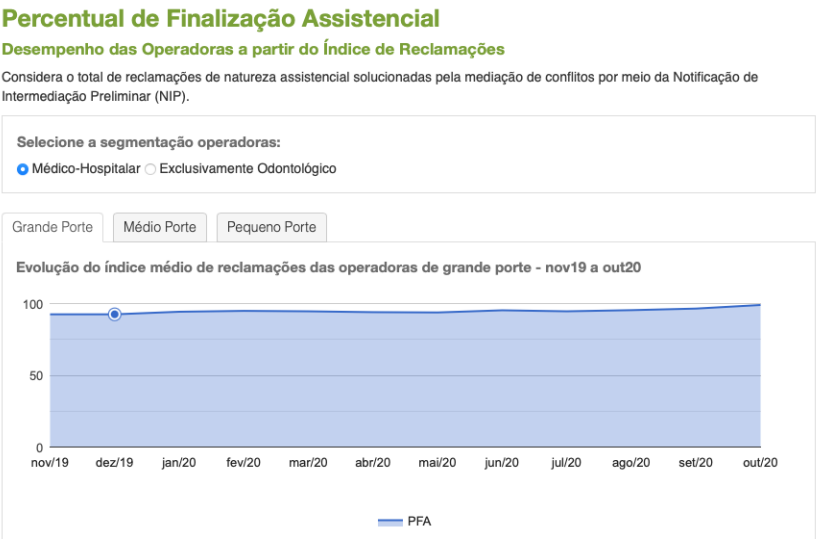
[4] Cf. ANS celebra 10 anos da NIP, ferramenta para resolução de conflitos entre beneficiários e planos de saúde, 5 de agosto de 2020. Disponível em < http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5739-ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-planos-de-saude> acesso em 31 de outubro de 2020.

solução[5]. Após esta fase inicial, as demandas não resolvidas ensejam a abertura de um processo administrativo sancionador pela agência.

É importante ressaltar que o desenvolvimento de procedimentos de abordagem negocial através da estrutura das agências impulsiona a tomada de providências pelas empresas em virtude da sujeição à aplicação de penalidades e também tende a diminuir as chances de reclamações frívolas por parte dos usuários.

O percentual de finalização da ANS, o qual considera o total de reclamações de natureza assistencial solucionadas pela mediação de conflitos por meio da Notificação de Intermediação Preliminar, aponta um desfecho bastante satisfativo no período de novembro de 2019 a outubro de 2020. O menor índice de solução foi de 92,9% em dezembro de 2019 e chegou a 99% em outubro de 2020, conforme pode ser verificado na figura 1 abaixo:

Figura 1. Percentual de finalização das reclamações submetidas à ANS por NIP no período de novembro de 2019 a outubro de 2020



Fonte: ANS[6]

[5] Cf. artigo 12 da Resolução n. 388 de 25 de novembro de 2015.

[6] Disponível em <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes/percentual-de-finalizacao-assistencial-pfa> acesso em 23 de dezembro de 2020.

O resultado desta experiência permite uma boa expectativa quanto à implementação de um sistema semelhante pela ANPD voltado à solução dos conflitos decorrentes do tratamento de dados pelas empresas.

Vale destacar ainda que a resolução de disputas de setores regulados através da ODR é uma realidade também em outros países, mesmo com um volume de reclamações muito menos expressivo.

O setor de energia francês, por exemplo, conta com a plataforma SOLLEN[7] para a resolução digital de conflitos de energia. O país dispõe de um mediador nacional de energia[8], que é uma autoridade pública independente para o tratamento de disputas referentes às empresas do segmento de energia elétrica. O sistema permite que o consumidor elabore um dossiê *online* sobre o seu problema e faça o encaminhamento de documentos e outros arquivos relevantes para a causa a um profissional qualificado para atuar especificamente[9] neste segmento.

3. Decisões automatizadas e revisão

O RGPD[10] dispõe sobre a utilização de programas inteiramente automatizados para o tratamento de dados pessoais. O artigo 22.1 deste estatuto europeu estabelece um princípio geral segundo o qual as pessoas têm direito a contestar uma decisão elaborada de forma integralmente automática que produza efeitos jurídicos ou a afetem de maneira significativa.

---

[7] Cf. Solution em ligne aux litiges d'énergie. Disponível em < https://www.sollen.fr> acesso em 2 de novembro de 2020.

[8] Cabe destacar que o papel do mediador de energia definido nas leis francesas nº. 1537 de 7 de dezembro de 2006 e nº. 2017-55 de 20 de janeiro de 2017 difere do perfil estabelecido pelo Código de processo civil brasileiro. Em resumo, naquele país, o mediador de energia é uma autoridade pública independente, cuja missão é oferecer soluções amigáveis para litígios com empresas do setor energético e informar os consumidores de energia sobre os seus direitos.

[9] Cf. Médiateur National de l'Énergie. Disponível em < https://www.energie-mediateur.fr> acesso em 2 de novembro de 2020.

[10] Cf. Regulamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR> acesso em 18 de agosto de 2020.

Um grupo de trabalho[11] aprofundou sobre esta noção de "efeitos jurídicos". A decisão totalmente automatizada deve repercutir sobre os direitos da pessoa e também é possível estender a aplicação do artigo 22 ao julgamento que afete de maneira significativa a parte, ainda que sem implicação jurídica. Logo, as plataformas de ODR que proponham decisões inteiramente automatizadas estão abrangidas por esta disposição.

O artigo 22 do RGPD prevê algumas exceções que admitem, portanto, as decisões elaboradas unicamente a partir de tratamento de dados. Uma dessas hipóteses é o consentimento explícito das partes. Ocorre que no ambiente virtual, este assentimento é frequentemente manifestado através de um simples clique após uma rolagem rápida do texto.

De maneira geral, um consentimento explícito requer que as partes sejam suficientemente e adequadamente informadas sobre o funcionamento do algoritmo e sobre a maneira como a decisão é tomada. Isto é reforçado pelo artigo 15. 1, h do RGPD, o qual dispõe que todas as pessoas têm o direito de obter informações sobre a lógica subjacente ao processo decisional automatizado, assim como as consequências possíveis deste tratamento de dados.

O artigo também estabelece que o titular tem direito à intervenção humana para a contestação da decisão proferida com base exclusivamente no tratamento de dados.

As plataformas de resolução de conflitos com apoio de inteligência artificial com atuação na Europa devem se adaptar a um novo formato em que todas as informações fiquem realmente esclarecidas aos usuários. A mera disponibilização de textos informativos não parece ser suficiente para dar concretude ao objetivo da legislação.

Nesse sentido, a disponibilização de canais síncronos e assíncronos que permitam o usuário interagir com outro indivíduo (GILLIÉRON, 2008) para tirar dúvidas pode ser uma sugestão para tornar esses esclarecimentos mais inteligíveis para as partes e, ao mesmo tempo, forçar os desenvolvedores a explicarem sobre

[11] Cf. Groupe de travail 'article 29' sur la protection des données. Lignes directives relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement UE 2016/679. Adotado em 3 outubro de 2017. Revisado em 6 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.cpdp.bg/userfiles/file/WP29/wp251rev01_fr.pdf> acesso em 16 de agosto de 2020.

o funcionamento de seus sistemas em uma linguagem compreensível para as pessoas em geral (BIARD; BOET; VAN GELDER, 2019).

No Brasil, o artigo 20[12] da Lei nº. 13.709/2018 (LGPD) trata sobre o direito à explicação e à revisão. O conteúdo deste dispositivo viabiliza o recebimento de informações suficientes e inteligíveis de modo que o titular possa compreender a lógica e os critérios utilizados no tratamento de seus dados pessoais.

As disposições se alinham ao princípio da transparência e têm por objetivo proteger o indivíduo de uma posição de vulnerabilidade em relação à tecnologia. A falta de conhecimento e de informações suficientes sobre o funcionamento do algoritmo podem submeter o sujeito a decisões potencialmente arbitrárias. O contraditório não deve ser preterido em razão de uma pretensa alegação de precisão da máquina. Além disso, este é apenas o primeiro impacto de uma série de outros direitos que poderão ser afetados na sequência, tais como saúde, educação, liberdade, cidadania, pleno emprego dentre tantos outros.

Esta discussão no Brasil está em evidência desde 8 de julho de 2019, quando o Presidente Jair Bolsonaro optou por vetar o §3º[13] do artigo 20 da LGPD, onde constava que revisão das decisões totalmente automatizadas deveria ser realizada por pessoa natural. Uma vez que a lei brasileira foi inspirada na legislação europeia, esta trouxe para o nosso ordenamento jurídico a oportunidade de reexame humano dos julgamentos algorítmicos.

[12] Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

§ 3º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

[13] § 3º. A revisão de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada por pessoa natural, conforme previsto em regulamentação da autoridade nacional, que levará em consideração a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

O veto ocorreu depois de ouvidos os Ministérios da Economia, da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, a Controladoria Geral da União e o Banco Central do Brasil. As alegações[14] foram no sentido de que a revisão humana de decisão totalmente automatizada contraria o interesse público pois inviabilizaria o modelo de negócio de muitas empresas e impactaria na análise de risco de crédito e de novos modelos de negócios de instituições financeiras.

Na prática, o Brasil admite a revisão de decisões automatizadas, conforme consta no caput do artigo 20 da LGPD. O veto retirou o direito à reavaliação humana, contudo, a reapreciação por um outro sistema automatizado está mantida.

É válido contextualizar que essas decisões automatizadas ocorrem em larga escala nas áreas financeira e bancária, sendo comum inclusive que uma recusa de crédito, por exemplo, esteja fundada tão somente em um resultado algoritmo. E isso, sem dúvida, produz um efeito significativo sobre a vida das pessoas.

A partir desta perspectiva, a opção pela retirada do § 3º do artigo 20 parece desalinhada com a transparência que é a grande linha diretriz do recente estatuto nacional de proteção de dados. Nesse sentido, em outubro de 2019, o Congresso Nacional se movimentou para a derrubada do veto que não foi possível por uma diferença de apenas um voto no Senado Federal[15]. Com este resultado, o Brasil se distancia dos padrões internacionais e se afasta da ideia de que o uso da inteligência artificial tem em vista apenas auxiliar o homem sem jamais ter a pretensão de substituí-lo.

[14] Razões do veto:

"A propositura legislativa, ao dispor que toda e qualquer decisão baseada unicamente no tratamento automatizado seja suscetível de revisão humana, contraria o interesse público, tendo em vista que tal exigência inviabilizará os modelos atuais de planos de negócios de muitas empresas, notadamente das startups, bem como impacta na análise de risco de crédito e de novos modelos de negócios de instituições financeiras, gerando efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores, tanto no que diz respeito à qualidade das garantias, ao volume de crédito contratado e à composição de preços, com reflexos, ainda, nos índices de inflação e na condução da política monetária."

[15] A derrubada do veto depende da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, o que representa um total de 41 votos no Senado e 257 na Câmara. Enquanto na Câmara a votação atingiu o número de 261 votos pela derrubada, no Senado Federal a decisão não aconteceu por um voto (40 Senadores votaram a favor da derrubada e 15 votaram contra). A votação foi pública e nominal e está disponível no *site* do Congresso Nacional. Congresso Nacional. Veto nº. 24/2019. Votação do dispositivo 24.19.001 - § 3º do art. 20 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, com a redação dada pelo art. 2º do projeto.

A LGPD tampouco traz uma delimitação sobre essas decisões automatizadas. Com o objetivo de tornar o conteúdo do artigo 20 um pouco mais claro, o Projeto de Lei nº. 4496 de 2019 do Senado Federal tem como proposta a definição desses provimentos enquanto um processo de escolha, classificação, aprovação ou rejeição, atribuição de nota, medida, pontuação, cálculo de risco ou probabilidade, dentre outros cujos resultados foram obtidos por meio de tratamento de dados pessoais que utilizam ferramentas computacionais[16]. O referido PLS encontra-se ainda em tramitação[17] e se limita a tratar sobre esta questão, porém, esta teria sido uma boa oportunidade também para rediscutir em maior profundidade os impactos do veto anterior para além do setor econômico e insistir na manutenção da intervenção humana.

CONCLUSÃO

A primeira parte do artigo procurou desenvolver sobre a seguinte indagação: quais as medidas devem ser adotadas tendo em vista a ampliação da segurança da informação nas plataformas de solução de conflitos? Algumas iniciativas recomendadas por especialistas são: *softwares* de *firewalls* e antivírus modernos e atualizados; rotina de realização de *backups* e armazenamento de dados em ambientes seguros por criptografia ou anonimização; coleta das informações estritamente necessárias e verificação e exclusão constante de dados antigos; esclarecimento sobre todos os aspectos do tratamento de dados aos seus titulares;

[16] Artigo 1º. O art. 5o da Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XX: "Art. 5º, XX – decisão automatizada: processo de escolha, de classific ação, de aprovação ou rejeição, de atribuição de nota , medida, pontuação ou escore, de cálculo de risco ou de probabilidade, ou outro semelhante, realizado pelo tratamento de dados pessoais utilizando regras, cálculos, instruções, algoritmos, análises estatísticas, inteligência artificial, aprendizado de máquina, ou outra técnica computacional." (NR)

Cf. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 4496 de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), para definir a expressão "decisão automatizada". Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990633&ts=1569595540296&disposition=inline> acesso em 13 de dezembro de 2019.

[17] Cf. Situação atual da tramitação < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138136> acesso em 23 de dezembro de 2020.

criação de política e instruções voltadas à prevenção e à detecção de vazamento de dados pessoais.

O segundo tópico tratou sobre a questão: qual a viabilidade de utilização da *online dispute resolution* para o equacionamento de disputas decorrentes do tratamento de dados pessoais? A utilização de plataformas de solução de disputas não é uma novidade nos setores regulados no Brasil. A experiência da ANS é um caso de sucesso e indica que esta opção pode ser exitosa também no âmbito da ANPD.

A terceira pergunta que a pesquisa buscou aprofundar foi: como fica o direito de revisão à medida que a ODR avance para uma automatização da tomada de decisão? O regulamento europeu de proteção de dados prevê expressamente a possibilidade de contestação da decisão automatizada e a intervenção de uma pessoa para realizar a revisão está garantida pela legislação.

Inicialmente, a LGPD também tinha previsão sobre a revisão de decisão automatizada, entretanto, o dispositivo foi vetado. Com isso, no Brasil, as decisões proferidas exclusivamente por máquina não precisam ser necessariamente revisadas por um humano.

O resultado prático disso é que as plataformas de resolução de conflitos que atuam na Europa devem prever revisão humana das decisões algorítmicas caso seja necessário, enquanto no Brasil basta uma nova apreciação pela máquina para cumprir os requisitos legais. Entretanto, cabe destacar que é sempre recomendável que os gestores desses sistemas no país prevejam uma segunda verificação realizada por uma pessoa.

REFEFÊNCIAS

ANS celebra 10 anos da NIP, ferramenta para resolução de conflitos entre beneficiários e planos de saúde, 5 de agosto de 2020. Disponível em < http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5739-ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-planos-de-saude> acesso em 31 de outubro de 2020.

BIARD, A.; VOET, H.; VAN GELDER, E. Expériences et attentes des consommateurs vis-à-vis du service de médiation pour le consommateur – enquete sur les dossiers incomplets, julho de 2019. Disponível em < https://www.law.kuleuven.be/pub/nl/bestanden/fr-enquete-juillet-2019-final.pdf> acesso em 18 de agosto de 2020.

BRAGANÇA, F. MIRANDA NETTO, F. G. Proteção de dados e Poder Judiciário: reflexões a partir da LGPD e da experiência espanhola. Anais do VI Seminário Internacional sobre direitos humanos fundamentais, v. 1, 2020, pp. 250-263.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 4496 de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), para definir a expressão "decisão automatizada". Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990633&ts=1569595540296&disposition=inline > acesso em 13 de dezembro de 2019.

COSTA, T. V. Proteção de dados e arbitragem: para além de uma questão legal: Câmaras Arbitrais se apresentam como campo bastante convidativo ao ciberataque. Portal Jota, 29 de junho de 2019. Disponível em < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-de-dados-e-arbitragem-para-alem-de-uma-questao-legal-29062019> acesso em 12 de agosto de 2020.

FRANÇA. Médiateur National de l'Énergie. Disponível em < https://www.energie-mediateur.fr> acesso em 2 de novembro de 2020.

FRANÇA. Solution em ligne aux litiges d'énergie. Disponível em < https://www.sollen.fr> acesso em 2 de novembro de 2020.

GILLIÉRON, P. From face-to-face to screen-to-screen: real hope or true fallacy. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 23, n. 2, pp. 301-343, 2008. Disponível em < https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/76846/OSJDR_V23N2_301.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 18 de agosto de 2020.

MARTINS, P. H. M.; MONTEIRO, C. Proteção de dados pessoais em 2020. Valor Econômico, janeiro de 2020. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/colu- na/protecao-de-dados-pessoais-em-2020.ghtml> acesso em 13 de agosto de 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. Groupe de travail 'article 29' sur la protection des données. Lignes directives relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement UE 2016/679. Adotado em 3 outubro de 2017. Revisado em 6 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.cpdp.bg/userfiles/file/WP29/wp251rev01_fr.pdf> acesso em 16 de agosto de 2020

PARLAMENTO EUROPEU. Regulamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de

Dados). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR> acesso em 18 de agosto de 2020.

TEIXEIRA, J. P. F. A resolução de disputas online e a LGPD: Uma análise sobre a aplicação de métodos adequados de solução de conflitos, por meio de tecnologia da informação, em contendas relacionadas ao tratamento de dados pessoais. Valor Econômico, Legislação, 8 de junho de 2020. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/a-resolucao-de-disputas-on-line-e-a-lgpd.ghtml> acesso em 13 de agosto de 2020.

POPULISMO E *E-DEMOCRACY*

Mavili de Cassia da Silva Moura
Universidade de Coimbra
doutoranda em Direito Público, Coimbra, Portugal
maviliadv.mm@gmail.com

Resumo: O presente artigo visa refletir sobre o populismo no século XXI com os contornos da tecnologia. Para tanto é necessária a análise, como premissa, do conceito de populismo como estratégia de discurso, do termo *eDemocracy*, e, ainda o stress causado pela pandemia de Covid-19 para em seguida analisar a digitalização como gatilho ou panaceia ao populismo, a e-participação para melhora na qualidade da democracia e pôr fim a promoção da integridade democrática. Nesse sentido busca um olhar sobre o populismo como estratégia de discurso frente ao uso das tecnologias da comunicação e informação e a crise democrática.

Palavras-chave: Democracia; *eDemocracy*; Populismo.

Abstract: This article aims to reflect on populism in the 21st century with the contours of technology. For that, it is necessary to analyse, as a premise, the concept of populism as a discourse strategy, the term eDemocracy and also the stress caused by the Covid-19 pandemic to subsequently analyse digitalization as a trigger or panacea for populism, and e-participation to improve the quality of democracy and, finally, the promotion of democratic integrity. In this sense, it seeks a look at populism as a discourse strategy in the face of the use of information and communication Technologies and the democratic crisis.

Keywords: Democracy; eDemocracy; Populism.

1. Considerações iniciais

O século XX, reconhecido como o século das ideologias, é passado. Como afirma Robert Dahl (2001, p. 11 e 1999), as principais alternativas à democracia desapareceram na segunda metade do século XX, embora a partir do final da década de 1990 se note a perda da confiança nas instituições políticas chave por parte dos cidadãos. Eleições periódicas, competição entre partidos, grupos ou indivíduos são em alguma medida uma forma de controlo sobre os líderes, mas é importante percebermos que a democracia deve ser vista como uma manifestação concreta da história (NUN, 2003, p. 9-10), essa a razão para que a democracia na América Latina, na Europa ou nos Estados Unidos carregue traços

distintos, o que se reflete, por certo, nos fenômenos populistas em cada uma dessas regiões.

O século XXI nasce com a promessa da tecnologia, vista por uns como a solução dos problemas e, por outros, como seu berço, e a migração de um mundo do texto para o mundo da imagem, como afirma Benjamin Barber (1998). Nesse novo mundo tecnológico é preciso restaurar o senso de como e porque o populismo se tornou tão atrativo. É preciso, ainda, compreender como o uso da tecnologia da informação e comunicação impacta a democracia e em que medida. Esse trabalho é precisamente a busca por respostas para as questões de nosso tempo, e, perpassa pelo reconhecimento de um novo ciclo populista. A proeminência do fenômeno ao redor do globo não significa que esse é recente, mas sim que é importante unir, inicialmente, a propósito de estudo a democracia e o populismo no século XXI com os contornos da tecnologia.

Já no final da década de 1960 o populismo era fonte de preocupação. Mas mesmo nesse tempo não existia uma clareza do que ele é de fato. As questões sobre o populismo giravam em torno da possibilidade de conceituá-lo como uma unidade, ou uma variedade de encarnações ou mesmo uma simples palavra usada de maneira equivocada em uma série de contextos heterogêneos. Algo levantado era se o populismo era uma ideologia, um movimento ou ambos. Ou ainda se era uma espécie de mentalidade em diferentes contextos históricos e geográficos como resultado de uma situação social, enfrentada pelas sociedades, ou mesmo ser definido em termos de psicologia política.

Muitas são as visões do populismo[1], algumas buscam nos aspectos visíveis do fenômeno uma forma de conceituá-lo, outros o fazem a partir de suas inúmeras

[1] Peter Wiles define o populismo de modo particular com o auxílio de vinte e quatro características, dentre elas a de que o populismo é moralista, tem impactos na forma como os líderes se apresentam, comportam e sob seu estilo de vida. Criaria grandes líderes em contatos místicos com a massa, ao mesmo tempo em que são mal organizados, assim como sua ideologia, e mal disciplinados, portanto, são mais um movimento do que um partido, além de serem anti-intelectuais e anti-*establishment*. Vide: WILES, Peter. **A Syndrome not a Doctrine: Some Elementary Theses of Populism**. *In*: IONESCU, Ghita e GELLNER, Ernest. **Populism Its Meanings and National Characteristics**. Hertfordshire: The Garden City Press, 1969. Margaret Canovan sugere uma tipologia em compartimentos para o populismo. Cria entre eles interconexão, posto que é possível ao populismo pertencer a mais de uma categoria ao mesmo tempo. Em seus estudos afirma que nenhum movimento foi populista em todos os sentidos por ela tipificados, e compreende o populismo como um apelo ao povo contra as estruturas do poder, a ideias e valores dominantes na sociedade. Vide:

características. Mas é em Ernesto Laclau (2013) que baseamos o estudo do populismo e por uma razão, sua visão de estratégia de discurso. É preciso ressaltar que discurso é prática e que o populismo nessa ótica, com a qual concordamos, representa uma construção do "povo" contra seu "inimigo", sem que essa construção seja estática, posto que sempre fruto de uma construção discursiva, e independente de quaisquer critérios ideológicos.

Dessa forma se nota que o "povo" pode ser o discurso dos pobres contra os ricos, ou mesmo dos nacionalistas contra os traidores da pátria, dos capitalistas contra os comunistas, o que importa, como discurso, é a criação de dois campos, de um lado o "povo" e de outro seu "inimigo". Nesse sentido a pandemia de Covid-19 carrega em si mais um desafio para os populistas no poder. O discurso em que buscam dois campos nítidos torna-se mais nebuloso. Como manter a polarização na sociedade, nós – "povo" contra eles – "poder", em um momento em que se enfrenta uma pandemia.

Para Ernesto Laclau o populismo é um conceito recorrente porque "faz parte da descrição de uma ampla variedade de movimentos políticos", e ainda que uma imprecisão do conceito possa ser persistente não reduz sua importância. Nas críticas que tece à Margaret Canovan reconhece que em seus estudos a autora não buscou eliminar a multiplicidade de formas assumidas pelo populismo ao longo da história. Mas não deixa de observar que outros autores não resistiram a tentação de "atribuir ao populismo um conteúdo social particular" (LACLAU, 2013, p. 38-39). A vagueza no conceito significa reconhecer o populismo como um fenômeno transitório e manipulador em seus procedimentos, no entanto, é preciso buscar o motivo pelo qual essa forma de expressão é necessária. As conotações pejorativas, comuns quando se trata de populismo, servem como um ponto, ainda que questionável, para a análise do populismo como caminho para a compreensão política (LACLAU, 2013, p. 115).

Para tanto Ernesto Laclau não vislumbra o populismo como uma ideologia ou mobilização de um grupo já existente, e nesse sentido se distancia dos demais autores, mas sim, como um modo de constituir a própria unidade de grupo. O que implica em considerar o "povo" não como expressão da natureza

CANOVAN, Margaret. **Populism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1981. Em um verbete no Dicionário de Política o populismo é apresentado como um conceito repleto de ambiguidades, que não conta com uma elaboração teórica orgânica e sistemática. Vide: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UNB, 1983, p. 980-986.

ideológica, mas sim como uma relação real entre agentes sociais. Mas não basta a ideia de grupo, é preciso a isolar em unidades menores. A menor unidade contida no populismo são as demandas sociais, e aqui um dos traços possíveis a definição de populismo transparece. Na ambiguidade da definição do termo demanda, que em seus significantes pode ser traduzida como solicitação, mas, também, exigência, nos deparamos com a transição da solicitação para a exigência (LACLAU, 2013, p. 122-123).

A chave para uma definição do populismo está, portanto, nas demandas isoladas e como elas iniciam o processo de articulação. Essas demandas, *ab initio*, podem ser vistas como solicitações, por exemplo, quando determinada sociedade é afetada por problemas habitacionais e é requerido às instituições alguma solução, em sendo atendidas, o problema se encerra. No entanto, no caso de não atendimento essas solicitações acabarão por encontrar outras solicitações também não atendidas o que levará a um acúmulo de demandas e a inabilidade do sistema, não apenas em identificá-las, mas em atendê-las. Nesse momento se estabelece entre elas aquilo que Ernesto Laclau denomina de relação de equivalência.

Demandas sociais não atendidas, inicialmente vistas como solicitações, acabam por se transformar em exigências. Aqui o autor distingue as chamadas demandas democráticas - isoladas, das demandas populares - pluralidade de demandas e sua articulação de equivalência. Nesse ponto as precondições do populismo se fazem presentes. Portanto, a formação de uma fronteira antagonista interna – que divide a sociedade em dois campos: o "povo" e o poder, a articulação equivalente das demandas, o que, por fim, leva a sua unificação, que apenas é possível quando se encontrar um denominador comum, são necessárias ao populismo. Hoje o momento populista está relacionado à desestabilização da hegemonia dominante por uma multiplicação de demandas não satisfeitas, e talvez, nesse aspecto a tecnologia tenha influência, e nessa situação as instituições existentes falham em assegurar a aliança do povo enquanto defendem a ordem (MOUFFE, 2018, p.15-18).

Nesse ponto nos cabe questionar acerca da centralidade do líder. Políticos identificados como populistas nos fizeram tentar entender esse aspecto. Se concordamos com Ernesto Laclau na definição de populismo como uma estratégia discursiva na construção de uma fronteira política em dois campos, não um movimento ou ideologia, mas sim como lógica política na mobilização do "povo" contra os que estão no poder, o papel desses líderes será o de constituir uma singularidade. É possível estabelecer aqui uma representação simbólica do

populista com as pessoas reais, são aqueles que de certa forma se colocam como os que falam em nome dessas pessoas (MÜLLER, 2016, p. 28-30). Juan Perón costumava dizer que um líder político faz o que as pessoas querem. Nos parece que a ligação de alguns políticos populistas com as mídias sociais se enquadra na ideia de proximidade com os eleitores, e, de possibilidade de se encaixar na visão de líder de Juan Perón.

Sabemos que uma extensa cadeia de equivalência cria a necessidade de conferir a ela significação enquanto totalidade. A heterogeneidade é uma característica da realidade social, dito isso, a linguagem em um discurso populista, seja ele de direita ou de esquerda, será marcada pela imprecisão. Este é um componente essencial de qualquer populismo. Não se pode, portanto, como afirma Jan Werner Müller (2016, p. 28-30), argumentar que o populismo é uma doutrina codificada, mas sim, um conjunto de reivindicações e que possui aquilo que se pode chamar de lógica interna.

Por certo nos anos de 1990 havia um encanto com a internet como forma de salvaguarda da democracia. Esse entusiasmo não é mais tão presente (VEIGA, 2014, p. 461-472, e CAMPOS; SILVAN, 2013). Em primeiro lugar a tecnologia não é determinante na sociedade, ao contrário ela é condicionada pelo que acontece nas sociedades em que floresce.

Dito isso sabemos que a democracia representativa experimenta uma crise. Ao cunhar o termo "*le peuple introuvable*", Pierre Rosanvallon (2011, p. 1-11) estabelece a distância existente entre o povo de 1789 e o atual. Naquele tempo as pessoas eram percebidas em termos de participação em grupos, paróquias, portanto, estavam de alguma maneira ligadas a uma instituição. Com a revolução democrática, a necessidade da igualdade, acabou por resultar em um indivíduo como princípio constituinte das questões sociais. Para o autor a liberdade, a igualdade e a justiça quase não deixaram espaço para o povo. Na democracia as pessoas se tornaram uma força composta de iguais sob o estado de direito.

A contradição da natureza da sociedade democrática, uma espécie de sociedade sem corpo, e os pressupostos da política democrática levam a uma busca contínua por uma representação que nunca será totalmente bem-sucedida. Como aponta Pierre Rosanvallon (2011, p. 1-11) a história da democracia oscila entre uma idealização ligada a definições abstratas e condições conflitantes de organização. O debate deve abranger o argumento de que a democracia significa dar voz aos indivíduos e influenciar os líderes. O momento é de sensação de incompletude na democracia, especialmente sentida porque os meios de

intervenção são mais extensos e mais bem desenvolvidos, em virtude da ampliação das tecnologias da comunicação e informação (TCI).

Disso decorre a necessidade de justificar o uso do termo *eDemocracy* ao longo do texto. O influxo veloz de tecnologias digitais criou oportunidades de novas formas de comunicação entre os governos e os cidadãos, e, entre os candidatos e os eleitores. Hoje mesmo nos países em que as eleições decorrem em modelos de papel a tecnologia está presente, seja no cômputo dos votos, seja no cadastramento de eleitores, ou na presença nas mídias sociais dos candidatos em perfis pessoais ou através dos perfis de seus partidos.

Como termo entendemos que *eDemocracy* consegue capturar a intenção de apoiar a democracia, e ainda os estudos de seus resultados e dos contextos. Em sentido diverso Hacker e van Dijk (2000) preferem o termo democracia digital e o definem como uma coleção de tentativas de praticar a democracia sem os limites do tempo, do espaço e outras condições físicas com o uso de TCI's e comunicação mediada por computador (CMC1), como complemento.

Concordamos com Ann Macintosh (2004) em nossas preocupações do uso de TCI's para envolver cidadãos, apoiar os processos democráticos de tomada de decisão e ainda fortalecer a democracia. O principal mecanismo da TCI é a internet acessada por uma variedade cada vez maior de dispositivos, seja o telemóvel, seja a Tv digital interativa, ou mesmo computadores pessoais. O processo de decisão democrática não está apenas centrado no processo eleitoral, aí incluído o *e-voting*, mas também endereçado aos cidadãos por meio da e-participação nesse processo. Para isso a efetiva informação é requisito essencial a participação do cidadão, e, é por isso que os governos devem possuir ferramentas capazes de avaliar sua performance ao fornecer a informação, conduzir o engajamento dos cidadãos, de maneira a adaptarem-se as novas necessidades ditadas pela sociedade da informação.

O uso da TCI pode variar desde a adoção de soluções em tecnologia com vistas à redução de custos e aumento da eficiência, até nos processos democráticos (FREEMAN; QUIRKE, 2013, p. 141-154). Tal não significa dizer que as estruturas democráticas tradicionais ruíram, mas que necessitam de uma transformação frente ao aumento do escrutínio e contestação por instrumentos externos, posto que a TCI perturba as formas tradicionais de poder político, ainda que os governos sejam capazes de implantar comunicações digitais voltadas aos seus próprios propósitos políticos. Por isso nossa opção pelo uso do termo mais alargado.

O populismo como estratégia discursiva encontra um desafio inesperado com a pandemia de Covid-19. Se vivemos um período de recrudescimento do populismo no mundo a pandemia expôs as fragilidades das soluções simples oferecidas pelos governos que adotam tal estratégia. Foi possível notar nesses meses iniciais da pandemia um enorme esforço, por parte de tais governos, primeiro em reduzir a gravidade, para em seguida buscar um inimigo a quem culpar[2]. Portanto, a pandemia serve como ponto de stress e exigirá soluções para países como Estados Unidos e Brasil que tem em seus calendários eleições previstas para o segundo semestre de 2020.

2. Digitalização: gatilho ou panaceia contra o populismo?

Não há dúvidas de que a mídia tem papel central na democracia, assim como a tecnologia esteve ligada, em alguns momentos de seu desenvolvimento, ao fenômeno populista. Assim é que o avanço da tecnologia do rádio e seu período de glória coincidiu, por exemplo, com o período áureo do populismo na Argentina e no Brasil entre os anos de 1945 e 1955[3]. O rádio não foi a causa do populismo

[2] O Presidente Donald Trump passou semanas a negar a gravidade do Covid-19 e muda seu discurso apenas em março de 2020. Conforme matéria publicada pelo jornal The Washington Post. [Consult. 10 junho 2020]. Disponível na internet: < https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?next_url=https%3a%2f%2fwww.washingtonpost.com%2fpolitics%2f2020%2f04%2f21%2fwatch-trump-deny-saying-things-about-coronavirus-that-he-definitely-said%2f> De maneira semelhante o Presidente Jair Bolsonaro chegou a classificar a Covid-19 como "gripezinha" em pronunciamento feito em 24 de março de 2020. [Consult. 10 junho 2020]. Disponível na internet: <https://www.dw.com/pt-br/em-pronunciamento-bolsonaro-minimiza-novo-coronav%C3%ADrus/a-52906298>. A primeira reação de Viktor Orban foi uma espécie de negação *soft* à Covid-19 ao compará-la a uma gripe sazonal. Em outros momentos pretendeu criar uma conexão entre os imigrantes ilegais e a disseminação da doença. [Consult. 10 junho 2020]. Conforme as notícias disponíveis na internet: <https://www.ft.com/content/9c107c3b-1ca9-4246-bb68-8ff64b111e91> e <https://www.hhrjournal.org/2020/04/a-virtual-roundtable-on-covid-19-and-human-rights-with-human-rights-watch-staff/>.

[3] Maria Helena Capelato afirma que os modelos de tipologia existentes para explicar o populismo não levam em conta as especificidades nacionais ou conjunturais e, portanto, tende a recusar ambas as figuras como populistas. Afirma que tanto o varguismo como o peronismo revelavam identidades com o nazismo, em seus aspectos de propaganda. Concordamos com a autora quanto à não observância de particularidades tanto no Brasil quanto na Argentina, mas consideramos que ambos tinham uma estratégia de discurso que converge para a definição de Ernesto Laclau.

(NAVARRO, 1994)[4], mas foi usado em larga escala por Juan Perón para difundir sua estratégia de discurso[5]. Na formulação dessa estratégia as novas tecnologias de comunicação daquele tempo, o rádio e o cinema com menor sucesso, tornaram possível o surgimento de uma nova linguagem e de um novo discurso social.

A midiatização em geral é estudada na política europeia desde os anos de 1960 e as décadas seguintes. Nesse período o crescimento em poder das hoje chamadas mídias tradicionais, como a imprensa e os canais de televisão, foi maior. De maneira que a propaganda política se desenvolveu para o uso nesses canais. Sabemos que a política se profissionalizou, há nesse período um deslocamento da atenção política dos partidos, sindicatos, organizações sociais e de base para a mídia, o resultado, um crescimento da personalização e da dramatização da política (HALLIN, 2019, p. 14-25).

Se o rádio, o cinema e a televisão tiveram enorme impacto na estrutura política não poderá ser diferente com a internet. Com as novas TCI's, e, com as mídias sociais, é razoável assumir essas implicações. O estudo da tecnologia é complexo porque não se pode realizá-lo sem considerar a sua constante evolução. De modo que Bruce Bimber acreditava que existiam muitas razões teóricas e empíricas para duvidar de uma conexão simples e direta entre mudanças na TCI e o comportamento político do público, mas não duvidava na contribuição para a descentralização do controlo sobre a mídia privada, talvez a militar contra a tendência em direção à concentração da mídia (BIMBER, 1998, p. 133-163). É preciso, portanto, salientar que a tecnologia, em especial a Inteligência Artificial, no momento está em sua infância.

Uma constante nos períodos populistas, seja na América Latina, seja na Europa ou mesmo nos Estados Unidos são as guerras midiáticas. Com o populismo atual não é diferente, no entanto, na guerra contra as chamadas mídias

Vide CAPELATO, Maria Helena Rolim. **Multidões em Cena. Propaganda Política no Varguismo e no Peronismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

[4] O livro de Marysa Navarro traça a história de Eva Perón, sua relação com o peronismo, seu relacionamento com Juan Perón. Nesse processo a autora acaba por demonstrar o uso do rádio no sentido por nós descrito.

[5] Em 1952, Juan Perón publica uma espécie de manual para os futuros líderes em que demonstra sua visão de mundo, que não se limitava ao peronismo, mas transcendia e tinha em Eva Perón seu impulso mais luminoso. PERÓN, Juan. **Conduccion Politica**. Buenos Aires: Mundo Peronista, 1952.

mainstream o uso das mídias sociais foi e ainda é uma forma de manter acesa a construção da retórica do inimigo.

Para Daniel C. Hallin (2019, p.14-25), Donald Trump, dificilmente seria eleito se contasse apenas com a mídia *mainstream*. Na esteira desse pensamento o mesmo pode ser aplicado ao presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, que realizou uma campanha eleitoral com foco nas mídias sociais, não exclusivamente no *Twitter*, o que demonstrou conhecimento da dinâmica dessas mídias naquele país. Ainda que o autor confirme a importância dos canais e notícias tradicionais na indicação de Donald Trump como candidato do partido republicano, e ainda a cobertura negativa de Hillary Clinton, entende que a vitória de Donald Trump reflete uma nova "*midia ecology*", em que a mídia tradicional não é mais a principal fonte de informação.

Concordamos em parte com o argumento de Daniel C. Hallin. Donald Trump não foi o primeiro candidato a fazer uso das mídias sociais[6]. E em outros momentos da história, em que as mídias sociais ainda não existiam, os políticos populistas se fizeram presentes. O que ocorre de fato, e nesse ponto concordamos com o autor, é um novo ambiente de mídia, uma explosão de comunicação *online* relevante para as campanhas políticas. A tecnologia quebrou o monopólio da informação. Donald Trump e outros tomaram um caminho próprio, e, para muitos usaram uma engenharia para a polarização em grupos. Notícias falsas, *social media bots*[7] – contas automatizadas que podem existir em todas as plataformas – e propaganda espalhada pelo ciberespaço se tornaram comuns no meio político.

[6] Barack Obama foi o primeiro presidente a usar as mídias sociais para promover sua campanha, em cada plataforma de mídia social seu desempenho foi melhor que o de seu adversário. Em 2008 contava com 2 milhões de seguidores no Facebook e ainda 112 mil no Twitter. Obama contratou Chris Hughes – cofundador do Facebook - como seu conselheiro para as mídias sociais. Conforme matéria publicada pelo New York Times. [Consult. 15 junho 2020]. Disponível na internet: < https://www.nytimes.com/2008/07/07/technology/07hughes.html>.

[7] O Facebook removeu quatro redes por violação de sua política contra interferências externas e comportamento inautêntico coordenado no Canadá, Brasil, Equador, Ucrânia e Estados Unidos. O argumento da companhia é que pessoas por trás dessa atividade coordenadas entre si usavam contas falsas como parte central de suas operações. [Consult. 09 julho 2020]. Disponível na internet: <https://about.fb.com/news/2020/07/removing-political-coordinated-inauthentic-behavior/>.

O que ocorreu na campanha eleitoral americana em 2016, e na brasileira em 2018, e em outras pelo globo[8], foi um capítulo na desintegração do poder das mídias *mainstream*, uma quebra nos paradigmas tradicionais da política, que deixou de ver as mídias sociais como mais um meio de propaganda para transformá-las em elemento central no marketing político e na construção do discurso populista. Nesse novo mundo os candidatos passaram a contar com uma ferramenta para se dirigirem aos seus eleitores de maneira direta, mobilizar sua participação e criar seguidores sem os recursos organizacionais normalmente necessários às campanhas eleitorais.

O que nos faz refletir acerca do modo como as mídias sociais interferem nesse processo em virtude de sua construção. É possível avaliar os efeitos políticos da tecnologia se olharmos a lógica sobre a qual repousam. O ecossistema *online* foi projetado para capturar a atenção do usuário e não com o intuito de promover uma cognição deliberada e escolha autônoma. A possibilidade de manipulação e disseminação de informações falsas é uma constante. A verdade é que a maior parte das plataformas na *web* servem como *hubs*, ou seja, sua função é distribuir e ser curador das informações nelas contidas, para isso os algoritmos são indispensáveis nessa participação invertida – porque de baixo para cima, na produção da informação (SPREEN, 2020).

As mídias sociais nos fornecem um alto influxo de informações. Curiosamente essa riqueza de informações dos dias atuais criou uma espécie de *commodity* bem rara, a atenção (ANDREWS, 2020, p. 47). E por ser escassa a atenção humana é um dos recursos mais preciosos no mercado (SPREEN, 2020). O modelo de negócios construído, distintos entre as plataformas, mas similares em certos pontos como a lógica da atenção, se demonstra opaco quanto à informação e suscetível de alguns aspectos nefastos, como a disseminação de informações falsas, sejam essas intencionais ou não, e ainda a bem explorada polarização[9].

[8] Alguns exemplos do uso dessas nova mídias e da quebra de paradigma são a ascensão do movimento 5 estrelas na Itália, o partido Pirata na Islândia, o Brexit em que os apoiadores eram sete vezes mais numerosos no Twitter e seis vezes mais ativos no Instagram.

[9] No caso específico do *Facebook*, em 2018, Mark Zuckerberg em um ensaio de 5000 palavras confirmou aquilo que as pesquisas já demonstravam, que o algoritmo mestre do *Facebook* priorizou *posts* controversos, e o resultado não poderia ser diferente da polarização e do extremismo.

Nesse novo mundo, em que as fronteiras entre os fatos e as mentiras não mais existem (FOER, 2017), até mesmo a mídia *mainstream* e os jornalistas que nela trabalham se renderam ao sensacionalismo na busca por *clicks*, o que apenas demonstra o sucesso e o poder dos algoritmos das mídias sociais nos discursos e debates. Ou seja, esses algoritmos são capazes de criar ideias, pensamentos e guiar a democracia. Candidatos como Donald Trump, Jair Bolsonaro, ou mesmo o Podemos, partido espanhol[10], perceberam esse novo poder e traçaram estratégias de discursos para conquistar eleitores nesses espaços em que o poder de decisão no fundo não está em nossas mãos.

Se o populismo requer a construção de uma fronteira política em dois campos, a forma de construção das mídias sociais, pode se revelar como um meio adequado a polarizar os debates. Com o recrudescimento do fenômeno populista a função da mídia é cada vez mais importante, ainda que hoje se note uma redução na demanda por notícias jornalísticas. A cobertura crítica contribui para o debate, mas, o ambiente de notícias hoje é diverso daquele em que a midiatização da política começou a ser estudado.

Cass R. Sunstein (2018, p. 85-86) afirma que nem sempre a polarização se direciona a algo ruim, visto que essa polarização em grupos trouxe benefícios a algumas pautas como o movimento pelos direitos civis na década de 1960. Para o autor se uma melhor comunicação produzir um extremismo melhor a sociedade pode se beneficiar. Se vários grupos deliberam entre si, a sociedade terá a oportunidade de descobrir diferentes visões, mesmo que a "dieta" de informação seja para muitos indivíduos homogênea ou insuficientemente diversa. Ainda assim a sociedade como um todo pode enriquecer e ter um conjunto mais completo de ideias.

O conceito de enclave deliberativo como forma de deliberação em grupos mais ou menos isolados, em que as pessoas com ideias semelhantes conversam entre si é mais visível nas mídias sociais. Cass R. Sunstein salienta que os enclaves deliberativos carregam em si um perigo, o reforço de nossas próprias convicções.

---

[10] Steve Bannon, ex-assessor estratégico de Donald Trump, em entrevista ao jornal El País menciona a mistura da política moderna e das mídias sociais aliada a uma mensagem adequada como receita de sucesso para a ascensão política, e enxerga no populismo uma revolução global das pessoas comuns. [Consult. 04 junho 2020]. Disponível na internet: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/24/internacional/1553454729_290547.html>.

Nesse ambiente, até certo ponto desconhecido, é comum a premissa de que as mídias sociais são o reduto das *eco chambers* – em que os indivíduos são expostos apenas a informações de outros com a mesma opinião, ou das *filter bubbles* – em que o conteúdo das informações é selecionado pelos algoritmos de acordo com um comportamento prévio do usuário, o que reforçaria as afirmações quanto aos riscos dos enclaves deliberativos. Estudos como os de Eyton Bakshy, Solomon Messing e Lada A. Adamic, que buscam compreender como as mídias sociais influenciam a exposição dos usuários a perspectivas que atravessam linhas ideológicas, ainda que com limitações[11], demonstram que existe um volume ligeiramente superior de artigos compartilhados alinhados com a ideologia do usuário.

É preciso lembrar que o fluxo de informações no *Facebook*, por exemplo, está estruturado pela forma como os indivíduos estão conectados na rede e que são distintas da estrutura segregada de *blogs* políticos, tão comuns em eleições anteriores a 2016. As informações que os indivíduos consomem nessa plataforma específica dependem não apenas daquilo que seus amigos partilham - esses amigos podem apresentar ideologias diversas da do usuário -, mas também em como o algoritmo do *News Feed* escolhe os artigos e quais os usuários decidem ler. Portanto, a ordem do que vemos depende de múltiplos fatores, desde a frequência com que se acessa o *Facebook*, o quanto se interage com seus amigos, até o quanto se clica em *links* de certos *websites*.

Na construção da singularidade líderes populistas incorporaram o papel de representantes verdadeiros do "povo", com uma estreita relação com seus eleitores e ainda uma estratégia de comunicação em ao menos três dimensões, ainda que se apresente fragmentada e raramente em conjunto. A primeira – o centrismo das pessoas – consiste em quatro estratégias, a saber, demonstra sua proximidade com as pessoas, enfatiza suas virtudes, elogia suas realizações e descreve-as como pertencentes a um grupo monolítico. A segunda dimensão dessa

[11] Esse estudo foi realizado nos Estados Unidos e voltado a realidade política americana, portanto, refletiam apenas os liberais, os conservadores e os neutros, além disso o estudo foi limitado ao Facebook. Nesse estudo ficou demonstrado que 35% das histórias analisadas e compartilhadas por conservadores são transversais a outro espectro político. Ao mesmo tempo em que 24% das histórias analisadas e compartilhadas por liberais são transversais a outro espectro político. BAKSHY, Eyton; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada A. **Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook**. [Consult. 15 junho 2020]. Disponível na internet: <http://www.sciencemag.org/cgi/collection/sociology>.

estratégia é o anti-elitismo, nesse caso particular buscam desacreditar ou culpar as elites em sua comunicação e separar a elite do "povo". Em uma última dimensão a estratégia populista exige a soberania popular (ERNST, 2017).

Já em 1998, Bruce Bimber (1998, p.137), discutia a importância da internet para a política, e, ainda a possibilidade de que o poder político se reestruturaria na direção do populismo. Dentre aqueles que já alertavam para essa possibilidade Daniel Weitzner ressaltava a interação direta entre os cidadãos e entre cidadãos e o governo como um potencial de transformação.

Na comunicação política estudos suportam a noção de que a posição extrema de partidos políticos favorece o uso das mídias sociais na comunicação populista, ou seja, o uso dessas mídias é mais frequente para partidos tanto de extrema esquerda quanto de extrema direita. Mas é preciso sempre recordar que os estudos devem levar em consideração aspectos da realidade de cada país em que é analisado (ERNST, 2017). Mas uma constante é a de que os partidos de direita usam a estratégia de discurso populista com mais frequência, ainda que não de maneira exclusiva.

A interação entre a tecnologia, em especial, as mídias sociais, e a sugestão de sentimentos são um dos caminhos a serem explorados. Cornelia Mothes e Jakob Ohme (2019, p. 42-53), para quem o populismo é um desafio à democracia liberal, sugerem, em estudo restrito a um partido e a uma eleição, que o comprometimento de eleitores com o partido Alternativa para a Alemanha (AfD)[12] na campanha das eleições federais na Alemanha em 2017, pode ser atenuado em ambiente de mídias sociais se acompanhado de sugestões de sentimentos. Nesse mesmo estudo demonstrou-se que eleitores que já haviam decidido seu voto pelo AfD eram menos propensos a acessar notícias críticas ao partido, e que mesmo o contato acidental com notícias e informações desafiadoras pode exacerbar a polarização política.

Um dos aspectos interessantes é a de que a estratégia de discurso populista é usada mais pela oposição aos governos. Certamente em virtude de a comunicação ser voltada à divisão da sociedade, o que explica o desconforto dos governos populistas na resposta à pandemia de Covid-19. Sua estratégia voltada

[12] [Consult. 10 junho 2020]. Disponível na internet: < https://www.publico.pt/2017/09/25/mundo/noticia/o-que-querem-os-eleitores-da-alternativa-para-a-alemanha-1786581>.

aos ataques e à descrença dos políticos em um momento em que a tomada de decisão impõe alguma união política é ponto de stress ao populismo.

Como estratégia de discurso há uma flexibilidade quanto à temática e um aproveitamento de assuntos que estão em voga, como ocorreu em momentos anteriores com a migração, assunto amplamente debatido e utilizado nas estratégias do Brexit e de partidos de extrema direita na Europa, como o AfD, na Alemanha. O populismo e seu sentimento de pertença, aliado ao ressentimento que lhe é característico, são acompanhados de fortes apelos sentimentais, não buscam representar o todo, especialmente o populismo de direita, traça uma clara linha entre aqueles que compartilham suas ideias e aqueles não as compartilham.

O retrato do mundo atual é composto, portanto, de uma estreita relação entre o populismo como estratégia de discurso e o uso das mídias sociais para o alcance dos cargos políticos. A digitalização de uma parte do processo eleitoral, em que o voto é visto como exercício ocasional da política, e em que de maneira inversa a escolha dos representantes precede a escolha das controvérsias (WEBER, 2015, p. 75) é uma realidade. A disputa pela preferência do eleitorado é recorrente, e, no mundo da imagem - o mundo digital, essa disputa se encontra em outra fronteira.

3. Instrumentos participativos *online* podem melhorar a qualidade da democracia?

No momento em que a sensação de incompletude da democracia está presente nota-se um paradoxo entre os baixos níveis de satisfação na forma como a democracia funciona ao mesmo tempo que os cidadãos enxergam o regime democrático como preferível a outros regimes. Se compreendermos a democracia em duas dimensões, como Robert Dahl (1999, p. 10-15), é possível vislumbrar assente na primeira dimensão direitos e oportunidades que os cidadãos escolhem exercer ou não. Direitos e oportunidades que devem existir, e, portanto, não podem ser obrigações morais ou abstratas, para que as instituições democráticas existam. Ao passo que se é uma escolha é possível ao cidadão não participar do debate político.

A segunda dimensão é aquela que trata da participação na vida política. A continuação da democracia depende da participação dos cidadãos, ou ao menos de alguns cidadãos, na vida política ao exercer os direitos a eles garantidos, mas, tal não significa que a democracia deve fundar-se tão somente nessa dimensão

tampouco em sua ausência. Para Peter Mair (2013) é preciso ressignificar a democracia. A recorrente indiferença, pouco estudada, à política e aos políticos tem consequências nos baixos níveis de participação nas eleições, mas sua causa reside, para o autor, no enfraquecimento da democracia partidária, um afastamento do componente popular da democracia.

É interessante notar que os cidadãos de uma maneira geral se retiraram do envolvimento tradicional da vida política, cada vez mais votam em menor número e com menor identificação partidária. Como afirma Peter Mair há nesse processo um abandono mútuo, ou seja, os cidadãos se refugiam na vida privada e em outras formas de representação e os políticos nas instituições. De maneira que o engajamento tradicional da democracia partidária não é mais notado. Percebe-se que as eleições têm menores efeitos práticos e a crescente diferença entre governantes e governados é terreno fértil para os políticos com discursos populistas.

As crises têm estreita relação com a demonstração das falhas dos sistemas. Cada uma das vertentes do populismo, assim consideradas apenas em relação aos países em que surgem, são versões particulares de um desafio à política tradicional com suas especificidades nos diversos discursos que apresentam e na construção de suas próprias cadeias de equivalência. Mas tem em comum uma hostilidade presente à classe política, um reflexo da distância criada pelo mútuo abandono de uma das dimensões da democracia.

Há uma mudança no comportamento do eleitorado, a maior volatilidade, que é demonstrada em escolhas mais inconsistentes e mais suscetíveis de sofrerem influências de fatores de curto prazo, o que se traduz em novos partidos e novos candidatos com maiores sucessos (MAIR, 2013, p.41), os famosos *outsiders*. Se por um lado a crise acaba por contribuir com o crescimento do populismo por outro o debate sobre reformas institucionais, reformas nos sistemas eleitorais, modificações nos plebiscitos tem como fundamento construir a ponte entre o governo e o cidadão para reduzir as distâncias entre esse último e seus representantes.

Duas visões iniciais se destacavam ao prever a influência das novas tecnologias na vida política. Uma visão mais otimista ou utópica, nas palavras de

Howard Rheingold[13], é a visão de uma ágora eletrônica, uma Atenas sem escravos, e uma outra, cética, de que a esperança de correção da democracia com as novas tecnologias é no mínimo ingênua. É preciso ressalvar, na esteira dessa última visão, que o impacto da internet na política pode ter como paralelo o impacto da internet nos negócios, sem com isso esquecer a profunda escala de concentração *online*, o que nos força a repensar o entusiasmo sobre a internet nos moldes atuais (HINDMAN, 2009, p. 37).

Mas é em uma visão das novas TCI's como ferramentas que podem contribuir para o engajamento de cidadãos na vida política que situamos o presente trabalho. Não corroboramos com a visão utópica, mas também não podemos crer que a democracia é somente o voto, é preciso um melhor julgamento público e formas de cultivá-lo. A tecnologia pode mudar os processos e dar suporte à participação. O modelo de comunicação não é mais o mesmo, portanto, não mais em apenas uma direção, mas não caberá somente a internet solucionar os problemas decorrentes da apatia por parte dos cidadãos ou mesmo da legitimidade na democracia.

O sucesso da *eDemocracy* depende da noção chave de cidadania. Nesse sentido requer que os usuários da internet desempenhem um papel ativo no processo democrático ao se engajar em discussões em fóruns *online*, ao participar em debates, oferecer sua expertise com o objetivo de alcançar o consenso. A deliberação é essencial no processo de participação, mas não ignoramos que o processo de deliberação *online* sofre a influência do *design* das redes em que é realizado, de modo que há uma prevalência do consumidor sobre o cidadão e do interesse corporativo sobre o interesse público. No entanto, a colaboração dos cidadãos nos processos de decisões pode ser beneficiada pelo uso das TCI's que fomentam a proximidade entre cidadãos e as instituições democráticas em prol de uma governança comum.

Como afirma Seyla Benhabib (2007, p.48) a "legitimidade em sociedades democráticas complexas deve ser concebida como resultado de uma deliberação livre e não constrangida de todos em torno das questões de preocupação comuns". Observa Karen McCullag que o não envolvimento no processo democrático identificado nas eleições não significa apatia com a democracia, o que pode ser

[13] RHEINGOLD, Howard. **The Virtual Community. Eletronic Version**, p. 283. [Consult. 20 maio 2020]. Disponível na internet: < http://www.rheingold.com/vc/book/10.html>.

comprovado pela ocorrência de protestos de rua espontâneos, mas sim demonstram o descontentamento com o atual modelo de governo[14].

A e-participação, assim como tantos outros termos nesse quesito, compreende uma gama de iniciativas que vão desde o uso das TCI's para o aprimoramento das informações e da transparência *online* até o seu uso para encorajar e aumentar a participação, colaboração e deliberação dos cidadãos em um processo de tomada de decisão. Portanto, podemos identificar a e-participação como uma forma de interação entre o governo e o cidadão.

Interessante modelo de e-participação foi adotado na Islândia durante a reforma constitucional. Em 2009, portanto, ainda sob os efeitos da crise econômica de 2008, uma série de protestos civis clamaram por reformas constitucionais. O governo então convidou algo em torno de 1000 cidadãos, escolhidos de maneira aleatória nos registros eleitorais, para participar de um fórum de discussão sobre novas ideias para a reforma constitucional. Após as conclusões do fórum 25 cidadãos independentes foram eleitos para formar um Conselho Constitucional. O Conselho, com o uso da TCI, especialmente as mídias sociais, alcançou a população em geral para demonstrar as ideias da nova Constituição. Todas as semanas, durante 4 meses, o Conselho postou cláusulas da nova Constituição em seu *website*, e abriu a possibilidade de comentários também nas mídias sociais, como o *Facebook*. Todas as reuniões do Conselho eram abertas ao público e transmitidas ao vivo pelo *website* e pelo *Facebook* (FREEMAN; QUIRKE, 2013, p. 141-154).

Outra forma de participação dos cidadãos em diversos países é o requerimento formal a uma autoridade assinada por um ou muitos cidadãos. O formato e as exigências para submissão dessas petições são variáveis em cada parlamento. A prática do peticionamento eletrônico precisa ser um processo o mais aberto, e, garantir o acesso a um maior número de pessoas possível. Em estudo realizado com o Parlamento escocês, em 2001, se destacam dentre as vantagens do *e-petitioning* a oportunidade de o cidadão ser incluído no processo democrático e a visão como ferramenta útil para influenciar os políticos sobre as

[14] MCCULLAG, Karen. **E-Democracy: potential for Political Revolution**. [Consult. 01 maio 2020]. Disponível na internet: < http://usir.salford.ac.uk/2747/>.

questões consideradas pelos participantes como relevantes, ainda que a preocupação com a segurança e a coleta de dados estivesse presente[15].

Como qualquer nova ferramenta também os desafios estavam presentes, dentre eles a má interpretação da preferência da população em geral, quando ausentes processos de identificação dos cidadãos participantes, posto que se permitia aos cidadãos a criação de múltiplos perfis. E ainda a participação de um número relativamente pequeno de cidadãos de fato ativos nas discussões mesmo dentre aqueles que realizaram os cadastros.

Já em 2012 a Finlândia adotou o *New Citizen's Initiative Act*[16] que permite a qualquer cidadão finlandês, em idade de votar, submeter uma iniciativa ao Parlamento. É preciso que em seis meses essa iniciativa conte com 50.000 assinaturas para ser objeto de discussão. A plataforma lançada pelo governo facilita a criação de propostas e a coleta de assinaturas *online*[17]. Nesses modelos de peticionamento eletrônico, variáveis entre os parlamentos, a participação da sociedade civil é crucial.

As conclusões expostas em 2015/2016, à experiência da Finlândia, demonstram um aumento na legitimidade relacionada a uma melhor confiança no processo de tomada de decisão política, ainda que os participantes não tenham obtido os resultados por eles esperados. Cerca de um terço dos elegíveis para votar assinou ao menos uma iniciativa. É importante notar que esse tipo de iniciativa apresenta efeitos positivos, mesmo que o impacto legislativo seja limitado, sobre uma parcela da população normalmente mais passiva, em especial os eleitores mais jovens[18], o que vai ao encontro das afirmações de que é possível que o não

[15] MACINTOSH, Ann. Digital **Democracy through Electronic Petitioning**. [Consult. 03 maio 2020]. Disponível na internet: < https://www.researchgate.net/publication/226888892_Digital_Democracy_through_Electronic_Petitioning>.

[16] [Consult. 01 julho 2020]. Disponível na internet: < https://www.coe.int/en/web/bioethics/-/finland-citizen-s-initiative-to-the-parliament-2012->.

[17] [Consult. 01 julho 2020]. Disponível na internet: <www.kansalaisaloite.fi>.

[18] Democratic Innovations in Finland. Use and effects on local and national level. [Consult. 01 julho 2020]. Disponível na internet: <https://tietokayttoon.fi/documents/10616/2009122/56_Demokraattiset+innovaatiot+Suomessa_K%C3%A4ytt%C3%B6+ja+vaikutukset+paikallisella+ja+valtakunnallisella+tasolla/e8047013-9727-47d9-b2ef-3fd18603475d/56_Demokraattiset+innovaatiot+Suomessa_K%C3%A4ytt%C3%B6+ja+vaikutukset+paikallisella+ja+valtakunnallisella+tasolla.pdf?version=1.0>.

envolvimento na vida política tradicional tenha um conteúdo geracional (MAIR, 2013, p. 38).

A experiência da Islândia considera que, em 2012 – ano da pesquisa, 95% das residências possuíam acesso à internet. Uma das preocupações na aplicação de TCI's na democracia reside na possibilidade de torná-la um conceito mais vulnerável. Dentre essas preocupações as desigualdades, não apenas entre os países, mas, também, internamente - de acesso, ausência de infraestrutura adequada, baixa adoção da tecnologia e pouca literacia digital - devem estar presentes. Mais uma vez é preciso reforçar a ideia de que a tecnologia não cria as desigualdades apenas reproduz as existentes. De modo que a adoção das TCI's para o engajamento de cidadãos na vida política depende também de fatores exógenos à tecnologia.

O desenho dos sistemas que objetivem maior engajamento deve ser amplo em acesso e fácil de utilizar. Acrescente-se a esses aspectos a segurança. De modo que a segurança não afeta apenas os países que contam com voto eletrônico posto que todas as eleições dependem de ferramentas de TCI's, desde o registro de eleitores até *websites* de comissões eleitorais. Desde a eleição americana de 2016 que a necessidade de investimento na cybersegurança tornou-se mais evidente.

As eleições contam hoje com uma combinação entre procedimentos manuais e baseados em tecnologia, ainda que poucos países adotem o *e-voting*, e que dentre esses países a Estônia seja o único que possa afirmar que 99% dos serviços públicos estão disponíveis *online*, e seja a primeira a implantar o sistema de *i-Voting* – o voto por computador conectado à internet em qualquer lugar do mundo[19].

Como afirmam Stephen Coleman e Donald F. Norris (2005, p.1-34) a *eDemocracy* é um estágio na evolução histórica do experimento social-democracia, um complemento ou suplemento aos modelos existentes. É uma solução híbrida porque envolve aspectos da democracia direta e da democracia representativa. Em uma era de relacionamentos e serviços interativos o debate centra-se no tipo de governança democrática que os cidadãos esperam na era digital. A escolha não é mais entre governar no mundo digital ou não, e sim como a governança contemporânea pode utilizar as oportunidades advindas desse mundo e estar em

[19] [Consult. 01 julho 2020]. Disponível na internet: < https://e-estonia.com/solutions/e-governance/i-voting/>.

sintonia com gerações cada vez mais digitais. O debate, portanto, é sobre adaptação e não ideais.

4. Promoção da integridade democrática.

A incerteza é parte da democracia e hoje notamos uma explosão de solicitações não atendidas. A desigualdade e o separatismo crescente expõem as falhas da sociedade democrática e levantam questões quanto à representação. O populismo é usualmente tratado como um sintoma patológico e que depende de uma explicação sociológica, não é visto como fenômeno que desafia o entendimento geral da democracia, e aqueles que são comprometidos com a participação popular pouca atenção dispensam a tentativa de mobilização das bases pelo populismo (CANOVAN, 1999).

Políticos populistas se veem como verdadeiros democratas e usam as mídias sociais para exprimir uma série de queixas e opiniões populares que são sistematicamente ignoradas pelos governos, pela mídia *mainstream* e partidos políticos tradicionais. Ainda que pareça perturbador o populismo pode nos fazer compreender melhor as complexidades da democracia.

Concordamos com Pierre Rosanvallon (2011, p. 1-11) na ideia de que o populismo é o ponto de encontro entre a desilusão política, causada pela falta de representação de um regime democrático que apresenta falhas, e, a conexão a essa desilusão e desordem social atrelada ao fracasso de solucionar a questão social, com a sensação por parte do cidadão de sua impotência, da ausência de alternativas e a opacidade do mundo que daí resulta, portanto é fruto das tensões da democracia.

As condições socioeconômicas e as crises têm impacto na construção do discurso populista. Mas é preciso compreender que nem sempre essas crises são reais, podem ser fabricadas para em seguida serem oferecidas as soluções, em geral simples. A eleição de Donald Trump, em um momento de relativa bonança macroeconômica nos Estados Unidos, corrobora essa ideia, da mesma forma que a ameaça comunista ventilada aos eleitores brasileiros em 2018.

Por certo há um paradoxo. A democracia é sobre ampliar a arena política para incluir toda a população. No entanto, quanto mais bem sucedido o projeto de inclusão e quanto mais interesses, opiniões e mesmo demandas exercem alguma influência na política, mais difícil é formar uma imagem da localização de poder

ou mesmo traçar um caminho nesse labirinto. Continuamente a democracia é permeada por temas populistas – que enfatizam a soberania, o exercício da vontade geral, uma unidade popular contra a multiplicidade, a maioria contra a minoria, franqueza e transparência contra procedimentos complexos – e enquanto suas reivindicações de inclusão devem ser compreensíveis para as massas, a ideologia que busca a ponte entre as pessoas e os políticos deixa de representar o modo como as instituições democráticas devem funcionar. Rara é a exploração da relação entre a arquitetura institucional das democracias e o populismo (PAPADOPOULOS, 2002, p. 47).

O populismo se crê como a única forma real de democracia, um apelo constante ao povo, e inclui a difamação de organismos internacionais como visto durante a pandemia de Covid-19. A Organização Mundial da Saúde foi objeto de inúmeras postagens por parte de políticos populistas compartilhadas por seus seguidores nas mídias sociais. Essa difamação pública também é dirigida aos tribunais, no Brasil, constantemente o Supremo Tribunal Federal é questionado pelo presidente Jair Bolsonaro e seu eleitorado, com pedidos, inclusive de fechamento do tribunal ou *impeachment* de seus ministros. Na Hungria, Viktor Orban, limitou os poderes do Tribunal Constitucional rotulando-o de aristocrático[20].

A mensagem de muitos políticos populistas nas mídias sociais é a de que os políticos escaparam do controlo popular. Discursos como o "povo é o soberano democrático e foi excluído do poder por políticos corruptos, por uma elite que não nos representa e traiu nossos interesses e ignora nossas opiniões", são comuns nas mídias usadas por esses líderes. Ainda que nos pareçam negativos esses discursos atraem a atenção e são capazes de reivindicar para si a legitimidade nesse apelo ao povo e a restauração da democracia.

A democracia que é a forma política mais popular e inclusiva, aquela que leva a política para as pessoas comuns e confere direitos políticos e poder de influenciar as decisões, é também a mais complexa, e, foi desafiada ao longo do

[20] A filósofa Ágnes Heller afirmava que estávamos diante de uma nova escalada da tirania no mundo. Um novo modelo de tirania onde um tirano é eleito, reeleito e novamente reeleito. Descrita como uma democracia iliberal, democracia porque fruto de uma votação majoritária e iliberal porque não há direitos humanos ou pluralismo, e, sim um governo totalmente centralizado. A eleição e reeleição de líderes autoritários leva a uma refeudalização dos estados. [Consult. 06 junho 2020]. Disponível na internet:< http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/589744-para-filosofa-hungara-agnes-heller-mundo-passa-por-uma-nova-onda-de-tirania>.

tempo tanto na teoria quanto na prática. Para Margaret Canovan (2002, p. 28) na tentativa de dar voz em larga escala para a população as instituições acabam por separar o poder do povo no processo em que servem como mediadores. Paul Taggart (2002, p. 72) afirma que há no populismo uma ambivalência na forma como enxergam a política representativa, sendo frequente a predileção por instrumentos e ferramentas da democracia direta como iniciativas cidadãs e dispositivos de recall.

Idealmente como afirma Yannis Papadopoulos (2002, p. 57-58) gostaríamos de ser representados por aqueles que consideramos nossos iguais, e algumas vezes queremos eleger réplicas de nós independentemente de sua competência ou mesmo disponibilidade, ainda que não realizem aquilo que gostaríamos. Para o autor as técnicas populistas são hostis à deliberação, e, há, portanto, uma relação ambivalente entre a democracia e o populismo. Se por um lado a reivindicação populista que clama por maior inclusão é impulsionada pela ideologia democrática por outro lado é sustentada pelo fracasso da democracia incapaz de manter suas promessas, e, que dela retira sua legitimidade, bem como ao desenho estrutural da representação eleitoral.

Nas últimas décadas a separação entre representantes e representados se acentuou de fato, e o que se seguiu foi uma espécie de ebulição da rejeição popular, como afirma Manuel Castells (2018, posição 151 de 1696), e a ascendência dos políticos com a estratégia de discurso populista. O sentimento majoritário de que "os atores do sistema político não nos representam" (CASTELLS, 2018, posição 103 de 1696) configura uma ruptura no vínculo entre os cidadãos e aqueles que elegemos. A democracia liberal busca a correção de seus desajustes com a pluralidade de opções e eleições periódicas. Mas, vemos uma escolha limitada às opções que já se encontram enraizadas no sistema, aquilo que Manuel Castells (2018, posição 103 de 1969) chama de "corriola bem delimitada".

Concordamos com o argumento de que algumas técnicas institucionais acabam por promover o populismo, assim analisado, como uma forma de reação à opacidade dos processos de tomada de decisão em virtude de acordos informais que colocam em risco a devida prestação de contas (PAPADOPOULOS, 2002, p.57-58), democracias precisam da verdade e transparência. As reivindicações de ordem populistas podem ser vistas como uma alternativa aos modelos de negociação vigentes. Nota-se que a opacidade da tomada de decisões é recorrente nos fundamentos populistas, nesse sentido mesmo que os populistas possam ser

contrários aos processos deliberativos, são neles que residem as soluções para tais paradoxos.

Do ponto de vista democrático, a democracia representativa não apresenta reais oportunidades de envolvimento mais extenso por parte dos cidadãos. Para David Beetham (1992, p. 40-53) a representação é uma diminuição da autonomia do cidadão, mas assim como nós o autor não acredita que a tecnologia por si só supera o problema de que apenas uma parte das pessoas de fato será devotada aos debates legislativos. Há uma variedade de recursos que precisam estar disponíveis, como tempo e dinheiro, e são desiguais, portanto, a melhoria do acesso político é fundamental. Nesse sentido a visão de que a e-participação, desde que pensadas as questões referentes as desigualdades, e, portanto, exógenas à tecnologia, é capaz de construir essas pontes entre o poder e o povo sem a opacidade das instituições nos parece adequada.

Portanto, compreender a democracia é também compreender o populismo, ainda que esse último se situe na fronteira entre as perversões da democracia e o fruto de suas falhas. Em quaisquer dos casos não se pode desprezar o sentimento de parte do eleitorado e é preciso rejeitar, nas palavras de Pierre Rosanvallon "tanto o moralismo vago quanto o desprezo altivo". Portanto, como parte integrante da democracia, a solução aos políticos populistas reside em um melhor funcionamento do sistema democrático.

O século XXI se torna exemplo de como a democracia se transforma. Sabemos que o populismo é fenômeno diversificado e plural, mas tem muito mais em comum se analisado sob os aspectos da construção de um discurso e de cadeias de equivalências, como visto em capítulo anterior. As mídias sociais têm papel relevante nessa construção, por seu desenho e opacidade, mas não são a origem e nem tampouco a razão para o ressurgimento do fenômeno. A internet é meio e não causa.

Conclusão

O fenômeno populista ressurgiu nesse início de século XXI marcado pelo desenvolvimento veloz da tecnologia. As incertezas decorrentes da evolução da tecnologia e seus impactos despertaram um sentimento de preservação e a insatisfação popular cresce. Os partidos e a política foram construídos em torno de valores e de interesses de outra época. Nessa busca pelo sentido os eleitores encontraram em políticos populistas uma salvaguarda a esses interesses de outrora,

ou ao menos, em suas estratégias de discursos, vislumbraram a solução de suas inúmeras solicitações em um mundo cada vez mais complexo e plural.

A influência da tecnologia nas eleições já pode ser sentida. O uso das mídias sociais como ponto de contato entre candidatos e eleitores é uma realidade. Candidatos e partidos populistas souberam usar as mídias sociais na construção de uma fronteira política em dois campos, abusaram da lógica política na mobilização de seus eleitores e acabaram por construir uma singularidade. Ainda que o populismo não deva ser visto como sintoma patológico de uma democracia falha é fruto de suas tensões. Dentre elas a crise na representação. A solução desse paradoxo é o melhor funcionamento do sistema democrático. Nesse sentido os mais variados instrumentos de e-participação podem contribuir para a construção de uma ponte entre os cidadãos e os seus representantes.

A pandemia de Covid-19 expôs as deficiências do populismo. A contínua necessidade da construção de uma estratégia de discurso que promova a divisão da sociedade em "povo" versus "poder" é incompatível com o momento. Falsas informações e a negação da verdade expuseram os limites do populismo no enfrentamento da pandemia. Nessa busca por culpados os políticos populistas traçaram uma clara linha entre os que compartilham de suas ideias e os que não as compartilham. Entre o vírus e seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Leighton. **Facebook, the Media and Democracy. Big Tech, Small State?** Nova York: Routledge, 2020.

BAKSHY, Eyton; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada A. **Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook**. [Consult. 15 junho 2020]. Disponível na internet: <http://www.sciencemag.org/cgi/collection/sociology>.

BARBER, Benjamin B. **Wich Technology and Wich Democracy. Democracy and Digital Democracy Conference**, 1998. [Consult. 20 abril 2020]. Disponível na internet: <http://web.mit.edu/m-i-t/articles/barber.html>.

BEETHAM, David. Liberal **Democracy and the Limits of Democratization**. *In*: Political Studies, 1992, p. 40-53. [Consult. 20 junho 2020]. Disponível na internet: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9248.1992.tb01811.x>.

BENHABIB, Seyla. **Sobre um modelo de legitimidade democrática**. *In*: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (org.). **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

BIMBER, Bruce. **The Internet and Political Transformation: Populism, Community, and Accelerated Pluralism**, 1998. [Consult. 10 maio 2020]. Disponível na internet: < http://links.jstor.org/sici?sici=0032-3497%28199823%2931%3A1%3C133%3ATIAPTP%3E2.0.CO%3B2-C> .

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UNB, 1983.

CANOVAN, Margaret. **Populism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1981.

CANOVAN, Margaret. **Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy**. *In*: MÉNY, Yves; SUREL, Yves (edit.). **Democracies and the Populist Challenge.** Nova York: Palgrave, 2002.

CANOVAN, Margaret. **Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy**. *In*: Political Studies, n. VLVII, 1999, p. 2 – 16. [Consult. 08 junho 2020]. Disponível na internet: < https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1111/1467-9248.00184>.

CAMPOS, Eva; SILVÁN, Aitor. **Democracia Digital. El estado de la cuestión**, p. 42-68. In: VIELBA, Irene Ramos; DOMÍNGUEZ, Eva Campos. **Ciudadanía 3D. Democracia Digital Deliberativa. Un análisis Exploratorio**. Madri: Fundación Ideas, 2013.

CAPELATO, Maria Helena Rolim. **Multidões em Cena. Propaganda Política no Varguismo e no Peronismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura. A crise da democracia Liberal**. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

COLEMAN, Stephen; NORRIS, Donald F. **A new agenda for e-democracy**. *In*: Oxford Internet Institute. Forum Discussion Paper n.4, 2005.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2001.

DAHL, Robert. **The Past and the Future of Democracy.** Occasional Paper Number 5. Centre for the Study of Political Change. University of Siena, 1999.

ERNST, Nicole; [et al.]. **Extreme parties and populism: na analysis of Facebook and Twitter across six countries,** 2017. [Consult. 03 maio 2020]. Disponível na internet:

<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1369118X.2017.1329333>.

FOER, Franklin. **World Without Mind: The Existential Threat of Big Tech**. Edição Kindle. Nova York: Penguin Publishing Group, 2017.

FREEMAN, Julie; QUIRKE, Sharna. **Understanding eDemocracy. Government Led Iniciatives for Democratic Reforms**. *In*: JeDEM 5(2): 141-154, 2013. [Consult. 30 maio 2020]. Disponível na internet: <http://www.jedem.org>.

HACKER, K.L; DIJK, Jan van. **Digital Democracy: Issues of Theory and Practice**. Londres: Sage, 2000.

HALLIN, Daniel C. **Mediatisation, neoliberalismo and populism: the case of Trump**. *In*: Contemporary Social Science, 2019, VOL. 14, N. 1.

HINDMAN, Matthew. **The Myth of Digital Democracy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009.

LACLAU, Ernesto. **A Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

MACINTOSH, Ann. **Using information and communication technologies to enhance citizen engagement in the policy process in Promises and Problems of E-Democracy: Challenges of online citizen engagement**, 2004. [Consult. 30 maio 2020]. Disponível na internet: <http://www1.oecd.org/publications/e-book/4204011E.PDF>.

MACINTOSH, Ann; WHYTE, Angus. **Evaluating How eParticipation Changes Local**

Democracy. [Consult. 03 maio 2020]. Disponível na internet: < https://www.researchgate.net/publication/228370359_Evaluating_how_eParticipation_changes_local_democracy>.

MACINTOSH, Ann. **Characterizing E-Participation in Policy-Making**, 2004. *In*: the Proceedings of the Thirty-Seventh Annual Hawaii International Conference on System Sciences. [Consult. 03 maio 2020]. Disponível na internet: < http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.98.6150&rep=rep1&type=pdf>.

MACINTOSH, Ann. **Digital Democracy through Electronic Petitioning**. [Consult. 03 maio 2020]. Disponível na internet: < https://www.researchgate.net/publication/226888892_Digital_Democracy_through_Electronic_Petitioning>.

MACRAE, Donald. **Populism as na Ideology**. *In*: IONESCU, Ghita e GELLNER, Ernest. **Populism Its Meanings and National Characteristics**. Hertfordshire: The Garden City Press, 1969.

MAIR, Peter. **Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy**. Londres: Verso, 2013.

MCCULLAG, Karen. **E-Democracy: potential for Political Revolution**. [Consult. 01 maio 2020]. Disponível na internet: < http://usir.salford.ac.uk/2747/>.

MOTHES, Cornelia; OHME, Jakob. **Partisan Selective Exposure in Times of Political and Technological Upheaval: A Social Media Field Experiment**. *In*: Media and Communication, v. 7, issue 3, 2019.

MOUFFE, Chantal. **For a Left Populism**. Londres: Verso, 2018.

MÜLLER, Jan Werner. **What is Populism?** Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NAVARRO, Marysa. **Evita**. Buenos Aires: Editorial Planeta, 1994.

NUN, Jose. **Democracy. Government of the People or Government of Politicians?** Maryland: Rowman & Littlefield Publishing Group, 2003.

PAPADOPOULOS, Yannis. **Populism, the Democratic Question, and Contemporary Governance**. *In*: MÉNY, Yves; SUREL, Yves (edit.). **Democracies and the Populist Challenge.** Nova York: Palgrave, 2002.

PERÓN, Juan. **Conduccion Politica**. Buenos Aires: Mundo Peronista, 1952.

RHEINGOLD, Howard. **The Virtual Community**. Eletronic Version. [Consult. 20 maio 2020]. Disponível na internet: < http://www.rheingold.com/vc/book/10.html>.

ROSANVALLON, Pierre. **Penser le populisme**, 2011, p. 1-11. [Consult. 19 abril 2020]. Disponível na internet: <https://laviedesidees.fr/Penser-le-populisme.html>.

SPREEN, Philipp Lorenz; [et al.]. **How behaviroual sciences can promote truth, autonomy and democratic discourse online., 2020.** *In*: Nat Hum Behav. [Consult. 16 junho 2020]. Disponível na internet**: <**https://www.nature.com/articles/s41562-020-0889-7>.

SUSNTEIN, Cass R. **#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media**. New Jersey: Princeton University Press, 2018.

TAGGART, Paul. **Populism and the Pathology of Representative Politics**. *In*: MÉNY, Yves; SUREL, Yves (edit.). **Democracies and the Populist Challenge**. Nova York: Palgrave, 2002.

VEIGA, Paula. **Democracia em voga e-participação: brevíssimas reflexões**. *In*: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XC, Tomo I, 2014, p.461-472. [Consult. 03 abril 2020]. Disponível na internet: <https://www.uc.pt/fduc/ij/investigadores/paulaveiga>.

WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

WILES, Peter. **A Syndrome not a Doctrine: Some Elementary Theses of Populism**. *In*: IONESCU, Ghita e GELLNER, Ernest. **Populism Its Meanings and National Characteristics**. Hertfordshire: The Garden City Press, 1969.

DIREITO À EDUCAÇÃO, DESIGUALDADES SOCIAIS E ENSINO EMERGENCIAL REMOTO EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

Sônia Maria Cardozo dos Santos
Universidade do Oeste de Santa Catarina
Unoesc, Chapecó, Brasil
soniaestudos@gmail.com

Thais Janaina Wenczenovicz
Universidade do Oeste de Santa Catarina
Unoesc, Erechim, Brasil
t.wencze@terra.com.br

Resumo: Crianças de diferentes locais do mundo, e até dentro do seu próprio país, tem distintas possibilidades de acesso aos direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, dentre outros. O novo coronavírus (Sars-CoV-2), vírus causador da Covid-19, infectou milhões de pessoas no mundo e levou à suspensão das aulas também nas escolas brasileiras. Nesse período, foi necessária a utilização das tecnologias como estratégias de realização do processo de ensino-aprendizagem. A pesquisa objetiva analisar o direito à educação em cotejo com o direito humano de acesso à internet diante da desigualdade social na adoção do ensino emergencial remoto. Este estudo pretende questionar a recepção do direito à educação de educandos diante da utilização de formas diversas de ensino no Brasil, durante a pandemia (apostilas, vídeos, aulas síncronas e assíncronas), em razão do acesso desigual à internet. Utilizou-se o procedimento metodológico bibliográfico-investigativo, buscando-se dados estatísticos oficiais e a fala de educandos (por meio de entrevistas on-line).

Palavras-chave: COVID 19; Crianças; Desigualdades sociais; Direito à educação; Ensino emergencial remoto.

Abstract: Children from different parts of the world, and even within their own country, have different possibilities of access to fundamental rights such as health, education, housing, among others. The new coronavirus (Sars-CoV-2), the virus that causes Covid-19, has infected millions of people worldwide and led to the suspension of classes also in Brazilian schools. During this period, it was necessary to use technologies as strategies for carrying out the teaching-learning process. The research aims to analyze the right to education in comparison with the human right to access the internet in the face of social inequality in the adoption of emergency remote education. This study aims to question the reception of the right to education of students in the face of the use of different forms of teaching in Brazil, during the pandemic (handouts, videos, synchronous

and asynchronous classes), due to unequal access to the internet. The bibliographic-investigative methodological procedure was used, looking for official statistical data and the speech of students (through online interviews).

Keywords: COVID 19; Children; Social differences; Right to education; Emergency remote teaching.

INTRODUÇÃO

A educação é um direito humano e um direito positivado e efetivo no Brasil. Assim, pode-se dizer que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser digna e de qualidade. Já o acesso à educação é direito público subjetivo e o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou a sua oferta insuficiente e irregular, poderá importar responsabilidade da autoridade competente. Esse direito fundamental social estabelecido pela Constituição brasileira é essencial para o desenvolvimento da democracia e para a justiça social.

É comum a comunidade escolar reivindicar melhorias estruturais nas escolas, investimentos para a infraestrutura, valorização de professores, funcionários e técnicos, transporte escolar e demais elementos. No decorrer dos anos, a educação foi reconhecendo novos elementos importantes para sua efetivação como a chegada das tecnologias no contexto educacional e escolar. Por muito tempo as escolas e espaços educativos realizaram debates e reflexões sobre o impacto das tecnologias no processo de ensino-aprendizagem, porém, sua adoção nesses espaços foi inevitável. Inicialmente, foi necessário entender a realidade e explicitar a potencial contribuição das tecnologias de informação e comunicação (TIC) para as escolas e a comunidade escolar brasileira.

Diversos debates foram realizados entre os anos de 2000 e 2010 e, de acordo com relatórios do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) em 2010, todas as escolas da zona urbana brasileira possuíam pelo menos um computador. Entretanto, apenas 88% das escolas tinham computador nos espaços da coordenação e 81% nos laboratórios de informática, sendo que o acesso aos alunos era disponibilizado em apenas 38% delas na biblioteca e em 4% na sala de aula (CGI, 2020).

Com o anúncio da necessidade do isolamento físico e social, as tecnologias foram a opção utilizada para não cessar o contato entre alunos,

comunidade escolar e professores. Frente a esse contexto, as desigualdades sociais em diversos países da América Latina, e especialmente no Brasil, tornaram-se mais evidentes, sendo a falta de acesso e a indisponibilidade de rede os elementos mais citados.

O presente artigo tem como objetivo analisar o direito à educação em cotejo com o direito humano de acesso à internet diante da desigualdade social na adoção do ensino emergencial remoto, a partir do procedimento bibliográfico-investigativo, acrescido de fontes secundárias, como banco de dados do Ministério da Educação/Educação Tecnológica, Censo Escolar/INEP, Ibope TIC Domicílios e TIC Kids Online Brasil, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

1. Direito humano fundamental à educação

A educação está relacionada ao desenvolvimento do ser humano e do exercício da cidadania e, portanto, conforme Freire (1981), não se restringe como meio de acesso ao mercado de trabalho. Para o autor, a educação deve levar em consideração que o ser humano é um ser de relações e não apenas de contatos. "Estar com o mundo resulta de sua abertura à realidade, que o faz ser o ente de relações que é." (FREIRE, 1999, p. 47).

A seu turno, Vigotski (1998, p. 118) expressa que o ser humano aprende desde que nasce e, para ele, a educação é um processo de aquisição de conhecimentos que ocorre por meio da mediação e interação com o meio social e cultural onde a pessoa está. Revela, assim, a importância das condições econômicas, políticas, culturais e sociais para a educação.

A educação tem uma contribuição essencial na construção das sociedades humanas e, na maioria delas, atualmente, é tida como de primordial relevância. O modo como se definiu e se realizou o processo de educar, em cada época histórica, de acordo com a realidade social, econômica, cultural e política, vincula-se às condições e aos interesses existentes. A educação foi considerada, em muitos momentos, um privilégio para parte da população, porém, ao longo do tempo, sob a influência de múltiplos fatores, ocorreu o desenvolvimento da educação como um direito para todos.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu direitos para todos os seres humanos e, dentre eles, a educação, prevista no

artigo 26, que declara que toda pessoa tem direito à instrução (UN, 1948). As crianças estavam incluídas de maneira geral e, em 1959, foram tratadas em um documento próprio.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança em 1959, contendo dez princípios norteadores e declarou importantes direitos (UN, 1959), incluindo que não pode haver discriminação das crianças em razão de raça, classe social, nacionalidade, sexo, etc., e que devem ser assegurados os direitos à educação, liberdade, dignidade, alimentação, habitação e assistência médica. O documento não se limita a enunciar o direito à educação, mas também estabelece alguns parâmetros para seu exercício. Dentre eles, no art. 18 e seguintes, estipula a gratuidade do direito à educação, bem como a promoção da cultura, da igualdade de oportunidades e da responsabilidade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, dispõe sobre direitos da criança no artigo 19: "Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado." (BRASIL, 1992).

Em 20 de novembro de 1989, um progresso ainda maior aconteceu com a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, que entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Conforme o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF BRASIL, 1990), esse foi o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, ratificado por 196 países. Essa Convenção levou em conta a condição peculiar das crianças como pessoas em desenvolvimento, que necessitam de tratamento diferenciado.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi mais específica e mais extensa que outros documentos internacionais elaborados anteriormente. São 54 artigos que reafirmam que os direitos deverão ser assegurados a cada criança, independentemente de raça, sexo, idioma, religião, nacionalidade, posição econômica, entre outros. Estabelece que deverão ser assegurados, dentre outros, os direitos à vida, à saúde, à liberdade de expressão, à educação, à habitação (moradia), à nutrição. (UNICEF BRASIL, 1990). Com base nessa Convenção, muitos países elaboraram suas legislações internas com avanços favoráveis aos direitos das crianças.

O direito à educação é um direito humano, mas também pode ser considerado um direito fundamental, em determinadas circunstâncias. Sarlet (2012, p. 29) concebe que entre as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" não ocorre sinonímia, mesmo diante da utilização indistinta feita por muitos. Para ele, direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano que se encontram positivados e reconhecidos na Constituição de determinado Estado, estabelecendo os direitos de seus cidadãos naquele local, em dado momento histórico. Para esse autor, o termo "direitos humanos", constante nos documentos internacionais, refere-se às posições jurídicas aceitas como pertencentes ao ser humano como tal, mesmo que não estejam vinculadas a certa ordem constitucional.

Um conceito formal de direitos fundamentais é trazido por Alexy (2015, p. 446) "são posições que são tão importantes que a decisão de garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente entregue a maiorias parlamentares simples." No Estado Democrático de Direito, é a Constituição que define quais serão os direitos que vincularão o legislador sobre a sua competência para legislar. Para Sarlet (2012), os direitos fundamentais são definidos como o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado. Esses direitos são delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

No Brasil, o direito à educação está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de natureza social. No Título VIII, Da Ordem Social, são detalhados, nos artigos 205 a 214, dispositivos que explicitam princípios, objetivos, deveres e, ainda, a estrutura educacional brasileira e a previsão de um sistema de financiamento com vinculação constitucional de receitas para a educação.

Apesar disso, muitas crianças e adolescentes não têm concretizado o importante direito à educação. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, 2020a) em relatório de acompanhamento desse direito, constata a dramática desigualdade existente entre os países nos principais resultados do desenvolvimento humano também. Em 30 países de renda baixa e média, 41% das crianças menores de cinco anos estavam desnutridas, comprometendo gravemente a oportunidade que elas têm de se beneficiar da educação. As desigualdades afetam a população em geral - e mais ainda as crianças.

Imenso número de crianças ainda não tem acesso à educação porque sua família tem baixa renda, ou porque são meninas, ou porque pertencem a determinado grupo étnico, ou porque nasceram e estão crescendo em países afetados por guerras ou conflitos crônicos, ou por diversos motivos. Dessa forma, o futuro de cada criança e a concretização de seus direitos encontra-se vinculado a seu local de nascimento e crescimento. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2019), se uma criança nasce em país de elevado desenvolvimento e a outra em país pouco desenvolvido, a primeira terá 50% de probabilidade de frequentar ensino superior. A segunda tem 17% de risco de morrer antes dos 20 anos e em torno de 3% de possibilidade de matricular-se em curso superior.

Milhões de crianças e adolescentes estão perdendo a oportunidade de aprender (UNESCO, 2020a). Nos países de renda média, apesar de um aumento de 25% nos últimos 15 anos, apenas três quartos dos adolescentes com 15 anos de idade ainda estão na escola. Desses, apenas metade aprende o básico e tem acesso a uma educação com boa qualidade. Ou seja, é evidente a desassistência do Estado com a infância e o processo educativo.

A existência de desigualdades extremas nas sociedades impede a igualdade de oportunidades ou tratamento igual entre todas as crianças. Dessa forma, os resultados estão, quase que inevitavelmente, fadados a ser desiguais. Os prejuízos não são somente individuais para cada um que não teve possibilidade de aprimorar suas habilidades, mas afetam também os países e, por extensão, o planeta inteiro.

A negação ou precariedade da educação aprofunda as desigualdades abissais de desenvolvimento entre os países. Muitos Estados deixaram o passado de subjugação formal a outros países no colonialismo, mas continuam, atualmente, com graves limitações decorrentes desse passado. Insta sinalizar que grande parte dos processos de ocupação e povoamento na América Latina foram assentados no colonialismo e na colonialidade. Para Maldonado-Torres (2007, p. 131), colonialismo é relação política e econômica, na qual a soberania de um povo está no poder de outro povo, e colonialidade é um padrão de poder que sobrevive ao fim daquele e revela-se na educação, "na cultura, na auto-imagem dos povos, nas aspirações dos sujeitos", etc. Quijano (2007, p. 93) confirma que o colonialismo é mais antigo que a colonialidade, mas esta "provou ser, nos últimos 500 anos, mais profunda e duradoura que o colonialismo. Porém, sem dúvida, foi forjada dentro deste, e mais ainda, sem ele não teria podido ser

imposta a inter-subjetividade de modo tão enraizado e prolongado." Povos ficam impossibilitados de desfrutar das conquistas da humanidade que eles mesmos contribuíram para produzir diante da colonialidade do poder, do ser e do saber.

Para Quijano (2005, p. 5), "a inferioridade racial dos colonizados implicava que não eram dignos do pagamento de salário. Estavam naturalmente obrigados a trabalhar em benefício de seus amos." Para o autor, em vários locais do mundo, pessoas que pertencem a raças que são consideradas inferiores, como o índio e o negro, continuam a receber valores menores de salário para a mesma atividade laboral realizada pelos brancos.

No Brasil, pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), referente à renda de 1995 a 2015, demonstrou que nesses 20 anos ocorreu "a manutenção da mesma ordem – homens brancos, mulheres brancas, homens negros, mulheres negras – do maior para o menor rendimento ao longo de toda a série histórica." (IPEA, 2017, p. 3). Os negros, sejam homens ou mulheres, permanecem com a menor renda. As mulheres negras têm a menor remuneração e são duplamente racializadas: pela cor e pelo gênero. Da população que recebe menos de 5,5 dólares por dia, 32,9% são pardos e negros e apenas 15,4% são brancos.

Os negros e pardos representem 56% da população brasileira, conforme o IBGE (2019a), porém ocupam somente 29,9% das funções gerenciais, enquanto brancos nesta posição somam 68,6%. Mas quando se trata das piores vagas, onde há subutilização de horas e capacidades, há predominância de negros e pardos, representando 29% da força de trabalho; nessas vagas, somente 18% são ocupadas por brancos. O maior número de pessoas pretas e pardas em atividades de baixa remuneração é resultado, principalmente, dos resquícios da escravidão e da colonialidade, ainda presentes na atualidade.

O direito humano fundamental à educação já apresentava muitas desigualdades entre países, continentes, regiões dentro do mesmo país, entre cidades e até entre o ensino escolar dentro de um mesmo município. Mas, em geral, essa disparidade está ligada a questões principalmente econômicas, sendo que as crianças mais pobres são as que têm menor acesso à educação. A essa difícil situação, novos componentes foram agregados em 2020 com a pandemia da Covid-19.

2. Pandemia e direito humano ao acesso à internet

O direito à educação não estava devidamente efetivado no mundo quando, em janeiro de 2020, foi identificado o novo coronavírus (Sars-Cov-2), causador da Covid-19, que coloca em risco a vida das pessoas, sem que exista um tratamento específico. Em março do mesmo ano, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou emergência de saúde pública e caracterizou como ocorrência de pandemia. (OPAS, 2020).

Em muitos locais do mundo, pesquisadores colocaram-se a investigar formas de combater a Covid-19, porém, não foi encontrado um tratamento eficaz para todas as suas manifestações e nem que impedisse as mortes nos casos mais graves. Assim, diante do tempo necessário para a criação de uma vacina, a curto prazo, contou-se com a possibilidade de realizar a prevenção com o isolamento social e medidas de higiene.

A OMS divulgou recomendações buscando mitigar a transmissão do novo coronavírus (Sars-Cov-2) e dentre essas medidas estava a suspensão das aulas presenciais. Para diminuir a propagação e os riscos em razão da Covid-19, milhões de crianças no mundo todo tiveram alterada a forma de efetivação do seu direito à educação.

Pesquisa da Unesco (2020b) estimou que, no mundo, em abril de 2020, quase 90% dos alunos estavam impossibilitados de frequentar as aulas, afetados total ou parcialmente pelas limitações decorrentes da Covid-19. A mesma entidade informou que, no primeiro semestre de 2020, em 191 países, 1,5 bilhão de alunos do ensino fundamental e médio ficaram com as aulas presenciais suspensas como prevenção à Covid-19. Cerca de metade deles, ou seja, 826 milhões de alunos, não têm acesso à internet em sua residência para continuar seus estudos (UNESCO, 2020b). Há falta de computadores e ausência ou baixa qualidade de conexão à rede mundial.

No Brasil, o vírus foi detectado primeiramente nas regiões metropolitanas e gradativamente propagou-se para as cidades do interior. O primeiro caso desse vírus no Brasil foi confirmado pelo Ministério da Saúde, no final de fevereiro de 2020, e o primeiro óbito em decorrência da Covid-19 aconteceu em março de 2020 (BRASIL, 2020a). Primeiramente, foram atingidas pessoas com maior renda e que viajaram para o exterior.

Posteriormente, aconteceu o que Souza (2020) denominou de expressões da colonialidade em tempos de pandemia ao comentar o óbito de

Cleonice Gonçalves, negra, empregada doméstica e de baixa renda. Ela foi vítima da falta de cuidado da patroa que, ao voltar de viagem para a Itália, quando esta era o epicentro da Covid-19, não guardou a quarentena. Assim, a funcionária contraiu o coronavírus de sua empregadora e logo faleceu. Embora fosse alardeado que a doença afetava os mais ricos, esse era o prenúncio de que a pandemia já passara a afetar as pessoas de menor renda e com maior gravidade contra estes, por conta de sua vulnerabilidade.

Nesse contexto, destaca-se que a desigualdade e racismo traçam caminho na história do Brasil em razão de seu passado, onde a escravidão e a injustiça social, associada à concentração de renda, de um lado, e os níveis de miséria, de outro ampliam o abismo social. São pretos, pobres e indígenas os que mais morrem nos hospitais, por serem excluídos no decorrer da trajetória histórica dos direitos mais básicos da cidadania.

Segundo resultados de um estudo do Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, grupo da PUC-Rio (2020), constata-se que pretos e pardos morreram por covid-19 mais do que brancos no Brasil. O grupo analisou a variação da taxa de letalidade da doença no Brasil de acordo com variáveis demográficas e socioeconômicas da população e concluiu que quase 55% de pretos e pardos morreram, enquanto, entre pessoas brancas, esse valor ficou em 38%. A porcentagem foi maior entre pessoas negras do que entre brancas em todas as faixas etárias e também comparando todos os níveis de escolaridade. O estudo também aponta que, quanto maior a escolaridade, menor a letalidade da covid-19 nos pacientes. Pessoas sem escolaridade tiveram taxas três vezes superiores (71,3%) às pessoas com nível superior (22,5%). Cruzando escolaridade com raça, os dados ficam mais explícitos: pretos e pardos sem escolaridade tiveram 80,35% de taxas de morte, contra 19,65% dos brancos com nível superior.[1]

As desigualdades sociais e econômicas existentes antes da epidemia ficaram mais explícitas nos mais variados direitos, como saúde, educação, moradia, saneamento básico, transporte, dentre outros. A OMS afirma que a

[1] O fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Nos Estados Unidos, dados levantados pelo *APM Research Lab* mostram que negros morreram a uma taxa de 50,3 por 100 mil pessoas, comparado com 20,7 para pessoas brancas. Mais que o dobro. No Reino Unido, números do *Office of National Statistics* mostraram que homens negros da Inglaterra e de Gales têm três vezes mais chance de morrer por Covid-19 do que homens brancos.

melhor prevenção é manter bons hábitos de higiene, entre eles lavar as mãos com água e sabão frequentemente. E, também, foi necessário restringir a circulação de pessoas, com o distanciamento social, evitando-se aglomerações.

O Programa Conjunto de Monitoramento para Saneamento e Higiene (JMP) da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) divulgou que existem aproximadamente 15 milhões de brasileiros que habitam áreas urbanas e não têm acesso a água potável (ONU BRASIL, 2020). Segundo a Unicef (2020), o mundo não está oferecendo às crianças uma vida saudável e nem um clima adequado para o futuro.

A falta de água que ocorre nas moradias, também se repete nas escolas brasileiras. A ONU Brasil (2020) alerta sobre as disparidades entre as regiões brasileiras, pois somente 19% das escolas públicas do Amazonas possuem acesso ao abastecimento de água, percentual muito baixo diante da média nacional que é de 68%. O esgotamento sanitário das escolas públicas é ainda pior: no Acre, apenas 9% das escolas públicas têm acesso à rede pública de esgoto; em Rondônia e Amapá, os percentuais são de 6% e 5%, respectivamente.

No Brasil, a aplicação das medidas preventivas ao vírus não foram unânimes, com divergências entre governos das esferas federal e estadual, e até com alguns municípios. Diante disso, as recomendações preconizadas pela OMS, referentes à prevenção à pandemia, não foram realizadas de forma concomitante, mas aplicadas em diferentes graus conforme tempo e local. Por outro lado, quanto ao direito à educação, houve uniformidade na suspensão das aulas presenciais, mas com soluções bem variadas quanto ao modo de efetuar o ensino emergencial remoto.

A portaria brasileira nº 343, publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2020, dispôs sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais durante a pandemia (BRASIL, 2020b) utilizando meios e tecnologias de informação e comunicação.

Cumprindo a legislação que suspendeu as aulas presenciais, as escolas disponibilizaram material impresso, vídeos, aulas síncronas ou assíncronas. A utilização de aulas síncronas (on-line) tem ferramentas que permitem a participação do aluno e do professor ao mesmo tempo e no mesmo ambiente virtual. Isso traz diversos benefícios para o processo de ensino-aprendizagem, pois possibilita que o aluno possa tirar dúvidas no momento da aula e é uma forma de o professor acompanhar melhor o engajamento e o desempenho do

aluno. É positivo também o fato de permitir a manutenção de horários, disciplina e contato entre professores e alunos em tempo real.

A desigualdade existente no Brasil na estrutura física de escolas, no acesso à internet por professores e, especialmente, pelos alunos, não permitiu o predomínio desse meio de ensino remoto, tornando necessária a realização de aulas assíncronas e por meio de material impresso. De uma forma ou de outra, a suspensão das aulas presenciais trouxe a necessidade de a escola fazer alterações no ensino, mas foi uma exigência ainda maior e inesperada para as famílias que tiveram que reorganizar sua rotina.

Em tempos de pandemia da Covid-19, o uso da internet tornou-se um pressuposto fundamental para a efetivação do direito à educação. Em dezembro de 2020, Unicef e União Internacional de Telecomunicações (ITU) informaram que dois terços das crianças e dos adolescentes em idade escolar no mundo, ou seja, 1,3 bilhão de meninas e meninos de 3 a 17 anos, não possuem conexão à internet em suas casas. O relatório conjunto *How many children and young people have internet access at home?* (Quantas crianças e jovens têm acesso à internet em casa?) constatou que há diferença entre as regiões do mundo (UNICEF, 2020).

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL, 2020) afirma que, em 2019, em média 66% das pessoas na América Latina tinham conexão com a internet. Em países como Brasil e Chile, mais de 60% dos locais possuíam conexão com a internet, enquanto existem países com baixo percentual, como Bolívia, Paraguai e Peru, onde o percentual gira em torno de 3%.

No Brasil, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP, 2017) realizou pesquisa com 186,1 mil escolas de educação básica, e constatou que no Norte e no Nordeste é muito precário o acesso à internet em relação às regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste. Constatou que, mesmo antes da pandemia, o acesso à internet está disponível em muitas escolas para a administração, mas com menor acesso do aluno. Nas séries finais do ensino fundamental, a destinação de computadores para utilização administrativa (85,1%) é superior ao percentual de escolas que o disponibilizam para o uso dos alunos (75,6%), e o laboratório de informática está presente em 67,8% dessas escolas. Nas séries iniciais, estes percentuais são ainda menores, 64,5% (administrativo), 54,4% (aluno) e 44,7% (laboratório) (INEP, 2017).

Apesar das crianças e dos adolescentes serem menos acometidos pela Covid-19 em relação às demais faixas etárias, as necessárias medidas de isolamento social alcançam a população infanto-juvenil e impactam principalmente as que vivem em domicílios mais pobres, em instituições de acolhimento e em outras situações de vulnerabilidade. As famílias pobres tiveram seus rendimentos diminuídos na pandemia e, com isso, precisam reduzir até as despesas com bens essenciais à sobrevivência, como habitação, alimentação e medicamentos.

A inclusão digital, com o advento da pandemia, tornou-se essencial para os alunos ao redor do mundo. No Brasil, pesquisas mostram que nos domicílios que dispõem de serviços da rede, há predominância do uso do celular como equipamento para acessar a internet, presente em 99,2% dessas residências enquanto o microcomputador é usado em 48,1% dessas (AGÊNCIA IBGE, 2020). O computador permite maior facilidade de interação e acesso a textos, vídeos e atividades escolares que o celular.

Porém, muitos alunos que têm o dispositivo (celular ou computador) não possuem conexão de internet de boa qualidade, em razão, principalmente, de sua baixa renda. Os alunos sem dispositivos (ou com dispositivos inadequados) e sem conexão de internet, com qualidade, tiveram que estudar por meio de material impresso; outros sequer prosseguiram os estudos. O ensino emergencial remoto não supre a qualidade do ensino presencial, mas aqueles que puderam usar as tecnologias de comunicação tiveram vantagens em relação aos que, sem acesso à internet, ficaram restritos ao material impresso.

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI, 2020) evidenciou por meio de pesquisa que entre os mais ricos, classes A e B, 96,5% das casas têm conexão de internet; porém, nas classes D e E, 59% não têm condições de utilizar a rede. E, ainda, na população com renda familiar inferior a 1 salário mínimo, 78% das pessoas com acesso à internet usam somente o celular.

A situação vivida na pandemia pelos alunos demonstra a primordial necessidade de acesso à internet para que o direito à educação seja garantido. Assim, o acesso à internet precisa ser garantido a todos os seres humanos, ou seja, ser considerado como um direito humano.

O relator especial para promoção e proteção dos direitos à liberdade de opinião e expressão da ONU, Rue (2011), divulgou um relatório que deu indicações sobre a necessidade do reconhecimento da existência de um direito

humano de acesso à internet. Em 2012, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aprovou uma recomendação que foi interpretada como o reconhecimento de um direito humano de acesso à internet. Além de outros, consta que o Estado deve garantir os direitos *on-line*, criando medidas que previnam e impeçam a interrupção intencional do acesso à internet ou divulgação de informações por esse meio (UN, 2012).

A crescente valorização da necessidade de acesso à internet estava presente antes da pandemia, mas foi aprofundada em razão dela. A utilização da internet como principal instrumento de comunicação entre professor e aluno para efetivar o direito à educação traduz a urgência da concretização do acesso à internet como direito humano. Organismos internacionais e governos devem providenciar meios para que esse direito seja efetivado para todas as crianças e adolescentes.

3. Desigualdades sociais, educação e novas tecnologias

A trajetória histórica do Brasil assenta-se no processo de ocupação, povoamento e (re)identificação das categorias humanas assentadas no ideário do colonialismo e da colonialidade do poder, do saber e do ser. Nesse contexto, é possível indicar que as desigualdades sociais também acompanham a historicidade da nação. O termo "colonialismo" foi conceituado por Quijano (2009, p. 73) como uma "estrutura de dominação/exploração onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas noutra jurisdição territorial."

De acordo com as elaborações teóricas do grupo latino-americano de pensadores, as relações de colonialidade nos âmbitos econômico e político não cessaram com o fim do colonialismo e suas administrações coloniais, permanecendo em contínua reprodução pelas culturas e estruturas capitalistas modernas/coloniais do sistema-mundo, por meio do controle da economia, da autoridade, da natureza e dos recursos naturais, do gênero e da sexualidade, da subjetividade e do conhecimento, em uma tripla dimensão, isto é, colonialidade do poder, do saber e do ser (BALLESTRIN, 2013).

Pelas categorias eurocêntricas (economia, Estado, sociedade civil, mercado, classes etc.), delineadas na experiência da Europa, foram pensados e organizados o tempo e o espaço de todos os seres humanos, elevando-se as

particularidades culturais e históricas europeias ao patamar de "padrão de referência superior e universal"; tais construções constituíram parâmetros para analisar todas as realidades e também significaram "proposições normativas que definem o dever ser para todos os povos do planeta." Isto é, as diversas maneiras de ser, de conhecer, de organizar a sociedade, foram transformadas "não só em diferentes, mas em carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas", situadas "num momento anterior do desenvolvimento histórico da humanidade, o que, no imaginário do progresso, enfatiza sua inferioridade." (LANDER, 2005, p. 13).

Consequentemente, esse processo também se consolidou na história da educação brasileira, ou seja, a escola inicialmente foi pensada para um número ínfimo de cidadãos, determinando substancialmente as desigualdades sociais que atravessam a história do Brasil com marcadores de exclusão, invisibilização, subalternização e vulnerabilidades múltiplas. Segundo Romanelli (1998), as elites não pretendiam abrir a sociedade ao conhecimento – não foi essa a prioridade. Nas primeiras estatísticas do século XX, o Brasil apresentava a média nacional de analfabetismo na ordem dos 74,6%. A exceção vinha da cidade do Rio de Janeiro, então Distrito Federal.

Nesse contexto, pode-se apontar que a história da educação brasileira é regida por demandas comumente impulsionadas pela desigualdade. Como exemplo, pode-se citar a luta pela universalização do acesso das crianças às escolas. Durante décadas, milhares de crianças brasileiras foram alijadas de direito de frequentar a escola básica. Esse primeiro passo abriria a porta para os subsequentes, ou seja, o acesso ao conhecimento das operações mentais desenvolvidas com as habilidades da escrita, da leitura, dos cálculos elementares.

O sistema de ensino brasileiro possui diversas modalidades e dentre elas a educação básica. Ela é constituída pelas seguintes modalidades: Educação Infantil: duração de quatro anos, com alunos de 0 a 3 anos; Pré-escola: duração de três anos, com alunos de 4 a 6 anos; Ensino Fundamental: duração de nove anos, com alunos de 6 a 14 anos; Ensino Médio: duração de três anos, com alunos de 15 a 17 anos e Ensino Médio Técnico: escolas podem oferecer cursos técnicos em períodos contraturnos – que são os períodos extraclasse – para seus alunos. A duração é variável, podendo ser de 1 a 3 anos.

Também há outras modalidades da Educação Básica, como a Educação de Jovens e Adultos, Educação do Campo e a Educação Especial. A Educação de Jovens e Adultos (EJA) atende a indivíduos que não tiveram a oportunidade

de cursar o Ensino Fundamental ou Médio na idade prevista. No estado de São Paulo, por exemplo, já são mais de mil escolas que ofertam a modalidade EJA. Os módulos são de seis meses cada e equivalem aos anos do ensino regular. O curso conta com quatro horas diárias, de segunda à sexta-feira. Todos os estados têm autonomia para elaborar seus métodos de ensino e gerir as escolas.

A oferta de Educação no Campo continua sendo um dever do Estado e um direito dos indivíduos que moram longe de centros urbanos, nas chamadas zonas rurais. Desse modo, existem escolas adaptadas às peculiaridades da vida rural e de cada região, contendo seus próprios currículos, métodos didáticos e calendário escolar. Desde 2006, o Conselho Nacional de Educação (CNE) autorizou o projeto Programa Educacional no Campo (BRASIL, [2006?]) para formalizar as escolas de campo, abrangendo a "Pedagogia da Alternância". Nessa metodologia, são considerados dias letivos também os momentos em que os alunos estudam em suas residências, exercendo projetos agrícolas e sendo supervisionados por suas escolas. Reconhecer essa peculiaridade ajuda a combater a evasão escolar.

A modalidade Educação Especial, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), atende educandos portadores de necessidades especiais/deficientes. Ou seja, são escolas que possuem adaptações físicas e de componentes curriculares escolares que facilitem o ensino a indivíduos com algum tipo de deficiência física ou mental. Segundo dados do Censo Escolar realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, nos últimos cinco anos, de 2014 a 2018, o número de matrículas de estudantes com necessidades especiais cresceu 33,2% em todo o País (INEP, 2019). Em 2014, eram 886.815 alunos com deficiência, altas habilidades e transtornos globais do desenvolvimento matriculados nas escolas brasileiras. Esse número tem aumentado ano a ano e em 2018 chegou a cerca de 1,2 milhão. Entre 2017 e 2018, houve aumento de aproximadamente 10,8% nas matrículas. Insta destacar que o maior índice dos estudantes em classes comuns está na rede pública de ensino.

De acordo com Ferraro (2002), um olhar atento para as taxas de analfabetismo constantes nos dados censitários permite a seguinte periodização da trajetória da taxa de analfabetismo a partir de 1872 para a população de cinco anos ou mais: 1) taxas extremamente elevadas e estáveis (em torno de 82,5%) no período que vai do primeiro ao segundo censo (1872 a 1890); 2) queda em ritmo mais ou menos constante no período de 1890 a 1950, com redução da taxa de

analfabetismo para 57,2% no Censo 1950; 3) intensificação da queda no curto período de 1950 a 1960, com redução da taxa para 46,7% e a desaceleração no ritmo de queda da taxa de analfabetismo a partir de 1970 até 2000, com taxas caindo sucessivamente para 38,7%, 31,9%, 24,2% e 16,7%, sempre para a população de 5 anos ou mais.

4. Aprendizagem de crianças e adolescentes e as tecnologias

Inúmeros são os problemas enfrentados cotidianamente nas escolas brasileiras. Dados do IBGE (2019b) mostram, ainda, que a passagem do ensino fundamental para o médio acentua o abandono escolar, uma vez que aos 15 anos o percentual de jovens que deixa de estudar quase dobra em relação à faixa etária anterior, passando de 8,1%, aos 14 anos, para 14,1%, aos 15 anos. Os maiores percentuais, porém, se deram a partir dos 16 anos, chegando a 18% aos 19 anos ou mais.

Ainda segundo o IBGE (2019b), a taxa de escolarização foi de 35,6% (3,6 milhões) para crianças de 0 a 3 anos, 92,9% (5 milhões) na faixa de 4 a 5 anos, 99,7% (25,8 milhões) dos 6 aos 14 anos – percentual próximo à universalização –, 89,2% (8,5 milhões) de 15 a 17 anos, 32,4% (7,3 milhões) de 18 a 24 anos e 4,5% (6,1 milhões) para 25 anos ou mais.

Já a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais no Brasil ficou em 6,6% em 2019, o que corresponde a 11 milhões de pessoas. Mais da metade dos analfabetos (56,2% ou 6,2 milhões) viviam na região Nordeste e 21,7% (2,4 milhões de pessoas) viviam no Sudeste. Em relação a 2018, houve uma redução de 0,2 p. na taxa de analfabetismo, correspondendo a aproximadamente 200 mil analfabetos a menos em 2019 (IBGE, 2019b).

Importante destacar que apesar da melhora do quadro do analfabetismo, 52,6% da população de 25 anos ou mais não completaram a educação escolar básica e obrigatória em 2018, ou seja, não concluíram no mínimo o ensino médio. No Nordeste, esse percentual chegava a 61,1%. A proporção da população com pelo menos o ensino médio completo nessa faixa etária cresceu de 45% para 47,4%, entre 2016 e 2018. Outro aumento em destaque é o percentual de pessoas com ensino superior completo, que passou de 15,7% em 2017 para 16,5% em 2018 (INEP, 2019).

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), com relação à cor ou raça, 55,8% dos brancos haviam completado, no mínimo, o ciclo básico, já entre pretos ou pardos, esse percentual foi de 40,3%. Entre as mulheres, 49,5% tinham alcançado, ao menos, o ensino médio completo e entre os homens, 45% (AGÊNCIA IBGE, 2019).

Em relação ao processo de ensino e as tecnologias, são notórias as diferenças entre classes e regiões. No entanto, apesar do otimismo de alguns grupos frente à positiva contribuição das TICs no campo educacional, mostrando-se eficiente nas práticas de comunicação/informação entre seus usuários, é inegável o desvelamento de inúmeros conflitos relacionados à usabilidade das ferramentas tecnológicas, entre eles, as dificuldades apresentadas pelos sujeitos educacionais no manuseio delas, uma vez que a rede mundial tornou-se a sala de aula.

Dentre os obstáculos do ensino emergencial remoto também se destacam as questões estruturais, ou seja, os problemas de acesso a computadores e de conexão com núcleos familiares, "no momento de singularidade – isolamento social – as distâncias aumentam e a dificuldade de professores entrarem em contato com os pais dos alunos torna-se maior." (WENCZENOVICZ, 2020, p. 1756).

O oferecimento de educação a distância por qualquer meio digital não é coisa simples ou fácil. Aqueles que se animam com o potencial das novas tecnologias e acreditam que elas são democráticas e podem levar o ensino para todos, devem lembrar que o sinal de internet não é gratuito, universal e de qualidade igual para ampla maioria.

Diante desse cenário, Pereira (2005, p. 13) afirma que "formar cidadãos preparados para o mundo contemporâneo é um grande desafio para quem dimensiona e promove a educação", uma vez que a inclusão digital e a sociedade da informação são termos cada vez mais frequentes, e o ensino, de modo geral, não pode esquivar-se dos avanços tecnológicos que se impõem no cotidiano.

A presença de novas tecnologias na sociedade atual, para Cursino (2019), é uma realidade em constante mutação. Sendo adaptadas frequentemente ao uso doméstico, comercial e educacional, essas tecnologias trazem consigo novas formas de linguagem, novos pensamentos, expressões e conhecimentos que exigem do indivíduo uma adaptação constante para se adequar à vida social, profissional e/ou educacional.

CONCLUSÃO

A educação é um direito humano que foi alçado a direito fundamental social no Brasil e, portanto, deve ser garantido para todos, independentemente de gênero, raça ou qualquer outra condição. Os direitos humanos são universais, inter-relacionados e indivisíveis e a não efetivação de um, interfere nos demais. É notória a necessidade da fruição de outros direitos para a concretização do direito à educação, como direito à moradia, ao saneamento básico, à saúde, ao acesso à internet, dentre outros.

Muitas crianças brasileiras não têm acesso a computadores e à internet. Mesmo antes da pandemia isso era prejudicial à qualidade da educação, gerando desigualdades de oportunidades entre os estudantes. Esse quadro de desigualdade se acentuou com a pandemia da Covid-19, por conta da suspensão das aulas presenciais e da adoção do ensino emergencial remoto, tendo em vista que muitos alunos não puderam acompanhar as aulas virtuais. Verifica-se que a efetivação do direito à educação pressupõe, dentre outros, que o direito humano ao acesso à internet seja materializado para todos os estudantes.

As desigualdades sociais acompanham a trajetória histórica de grande parte dos países da América Latina e por extensão o Brasil, que é um dos países com maior desigualdade de aprendizagem entre os estudantes considerados ricos e pobres, segundo os critérios da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Apesar dos entraves existentes e da pandemia, faz-se necessário constituir resistências, disseminando o conhecimento científico fundamentado aos sujeitos alijados e desconhecedores de seus direitos, lutando para a preservação do campo público no País, na proteção e auxílio daqueles em vulnerabilidade social e na cobrança pela efetividade de políticas públicas eficientes em tempos de crise, não causada somente pela Covid-19, mas em outros segmentos em que seguem desassistidos milhares de cidadãos brasileiros.

Dessa forma, a discussão sobre os meios de reduzir a desigualdade educacional deve orientar debates e elaborações de políticas públicas e ser central na garantia do direito fundamental social à educação. Se na dimensão do acesso ela é mais objetiva, via ampliação do sistema público escolar, no âmbito da desigualdade de conhecimento ela é mais complexa, pois passa pela definição de quais conhecimentos devem ser adquiridos por todos os alunos brasileiros – e essa realidade exige ações coletivas e inclusivas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua TIC 2018*: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dosdomicilios-do-pais. Acesso em: 20 out. 2020, 22:42:00.

AGÊNCIA IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua 2018*: educação avança no país, mas desigualdades raciais e por região persistem. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24857-pnad-continua-2018-educacao-avanca-no-pais-mas-desigualdades-raciais-e-por-regiao-persistem. Acesso em: 20 out. 2020, 21:30:00.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 11, p. 89-117, 2013.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Senado Federal, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 02 nov. 2020, 18:15:00.

BRASIL. Ministério da Educação. *Programa de Apoio à Formação Superior em Licenciatura em Educação do Campo (Procampo)*: apresentação. Brasília: MEC, [2006?]. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/tv-mec. Acesso em: 02 dez. 2020, 19:30:00.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil confirma primeiro caso da doença*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020a. Disponível em: shttps://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. *Portaria Nº 343, de 17 de março de 2020*. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Brasília: Diário Oficial da União, 18 mar. 2020b. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em: 03 ago. 2020, 22:45:00.

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del covid-19*. Santiago do

Chile: Naciones Unidas, 2020. Disponível em: https://www.cepal.org/es/publicaciones/45938-universalizar-acceso-tecnologias-digitales-enfrentar-efectos-covid-19. Acesso em: 11 nov. 2020, 09:20:00.

CGI. Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Relatórios*. Disponível em: https://www.cgi.br/. 2020. Acesso em: 01 dez. 2020, 13:10:00.

CURSINO, André Geraldo. *Tecnologias na educação*: contribuições para uma aprendizagem significativa. 1. ed. Curitiba: Appris, 2019.

FERRARO, Alceu Ravanello. Analfabetismo e níveis de letramento no Brasil: o que dizem os censos? *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 81, p. 21-47, dez. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/es/v23n81/13930.pdf. Acesso em: 15. out. 2020.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 20 set.2020, 17:51:00.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) 2019*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 30 out. 2020, 19:40:00.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Censo Escolar 2019*. Brasília: INEP, 2019.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Censo Escolar da Educação Básica 2016*. Brasília: INEP, 2017. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020, 21:32:00.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015*. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf. Acesso em 26 nov. 2020, 12:30:00.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. *In*. LANDER, Edgardo. (Org.). *A colonialidade do saber*: etnocentrismo e ciências sociais – Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFOGUEL, R. (Org.). *El giro decolonial*: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 127-167.

ONU BRASIL. Nações Unidas Brasil. *Crianças e jovens brasileiros são vítimas invisíveis das desigualdades no acesso a saneamento*. Brasília: ONU Brasil, 2020. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/88985-criancas-e-jovens-brasileiros-sao-vitimas-invisiveis-das-desigualdades-no-acesso-saneamento. Disponível em: 30 ago. 2020, 22:10:00.

OPAS. Organização Pan-americana da Saúde. *Folha informativa COVID-19*. Brasília: OPAS, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. Acesso em: 11 set. 2020, 12:20:00.

PEREIRA, João Thomaz. Educação e Sociedade da Informação. In: COSCARELLI, C. V.; RIBEIRO, A. E. (Org.) *Letramento Digital*: aspectos sociais e possibilidades pedagógicas. Belo Horizonte: Ceale: Autêntica, 2005.

PNUD. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Panorama general Informe sobre Desarrollo Humano 2019*. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI. Nova Iorque: PNUD, 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020, 19:10:00.

PUC-RIO. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, grupo da PUC-Rio. *Dados*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2020.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder y clasificacion social. In: CASTRO-GOMEZ, S.; GROSFOGUEL, R. (Org.). *El giro decolonial*: reflexiones para una diversidad epistemica mas alla del capitalismo global. Bogota: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007. p. 93-126.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, B. S; MENESES, M. P. (Org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-118.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (Org.). *A colonialidade do saber*: etnocentrismo e ciências sociais – Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da educação no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 1998.

RUE, Frank La. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. A/HRC/17/27*. Genebra: United Nations, 2011. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021, 00:04:00.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Flávia. O dia em que a vida parou. Expressões da colonialidade em tempos de pandemia. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, Epub, jun. 2020.

UN. United Nations. *Declaration of the Rights of the Child*. Genebra: United Nations, 1959. Disponível em: https://www.un.org/en/sections/issues-depth/children/. Acesso em: 02 nov. 2020, 10:20:00.

UN. United Nations. Human Rights Council. *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*. A/HRC/20/L.13. Genebra: United Nations, 2012. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.doc. Acesso em: 08 jan. 2021, 10:17:00.

UN. United Nations. *Universal Declaration of Human Rights*. Genebra: United Nations, 1948. Disponível em: https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html. Acesso em: 02 nov. 2020, 19:10:00.

UNESCO. *Crise da Covid-19*: UNESCO pede apoio ao compartilhamento de aprendizagem e conhecimento por meio de recursos educacionais abertos. Brasília: Unesco, 2020b. Disponível em: https://pt.unesco.org/news/crise-da-covid-19-unesco-pede-apoio-aocompartilhamento-aprendizagem-e-conhecimento-meio. Acesso em: 2 dez. 2020, 17:50:00.

UNESCO. *Relatório de monitoramento global da educação – resumo 2020*: inclusão e educação: todos, sem exceção. Brasília: Unesco, 2020a. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373721_por. Acesso em: 12 dez. 2020, 11:20:00.

UNICEF BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1989. Brasília:

Unicef Brasil, 1990. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 2 nov. 2020, 19:30:00.

UNICEF. *How many children and young people have internet access at home?* Estimating digital connectivity during the COVID-19 pandemic. Nova Iorque: Unicef, 2020. Disponível em: https://data.unicef.org/resources/children-and-young-people-internet-access-at-home-during-covid19/. Acesso em: 8 jan. 2021, 15:28:00.

VIGOTSKI, Lev Semenovich. *A formação social da mente*: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores. 6. ed. São Paulo: Martins, 1998.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaína. Ensino a distância, dificuldades presenciais: perspectivas em tempos de COVID-19. *Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação*, Araraquara, v. 15, n. 4, p. 1750-1768, out./dez. 2020.

GT 10

Género y sexualidad: la igualdad como asignatura pendiente para la sociedad del siglo XXI

COORDINACIÓN: Adriana Geisler (FIOCRUZ y PUC) y Manuel Sánchez-Moreno (UCM); Marcos Nascimento (FIOCRUZ)

DESCRIPCIÓN: El grupo de trabajo se propone a discutir los procesos políticos de subjetivación en relación con el cuerpo y la sexualidad abordados en las expresiones que inicialmente se extraen de los movimientos feministas y LGBT, así como los movimientos que insertan a los hombres en acciones transformadoras para la igualdad de género, cuestionando relaciones de género en la perspectiva descolonial. El trabajo avanza en un intento por identificar las múltiples formas de resistencia y transformación de subjetividades y grupos sociales, insertadas dentro de las diversas manifestaciones de violencia contra manifestaciones de sexualidad y entendimientos de género y productores de nuevas tecnologías de organización y movilización social. También trabaja con la ola tan enlazada al auge de los posfascismos parlamentarios y el agotamiento del capitalismo como a la memoria, transida de violencias de género, tanto en América Latina como en Europa. Los conceptos temáticos tendrán como punto de inflexión los siguientes marcadores sociales de diferencia: "género", "raza", "sexo", "generación" e "ingresos", principalmente. El análisis también se desarrollará a partir de las intersecciones entre las esferas pública y privada como flexiones transversales de discursos, prácticas y procesos epistemológicos, a través de la relación de reconocimiento, protección de derechos y realización de la autonomía de los sujetos. Finalmente, como metodología comparativa, el enfoque se centra en las similitudes, diferencias, posibilidades y matices de la sexualidad occidental, especialmente el contraste entre las formas de ejercicio de género y sexualidad en América Latina y la Unión Europea, y los posibles mecanismos de cooperación e intercambio de conocimiento, para llegar a la igualdad en su sentido material en género y sexualidad.

LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO EN LA EUROPA DE LA IGUALDAD

Ángela García Fernández
Universidad Complutense de Madrid
Pozuelo de Alarcón, Madrid
anggar16@ucm.es

Resúmen: Pese a que las mujeres y los hombres son iguales ante la ley, existen evidencias que demuestran lo lejos que está esta afirmación de la realidad. La brecha salarial por cuestiones de género es un claro ejemplo de esto. El objetivo de este trabajo es conocer qué supone la brecha salarial por cuestiones de género para la Unión Europea y qué hace esta organización supranacional al respecto. Este trabajo se muestra necesario debido al efecto que tiene la brecha salarial en la vida de las mujeres. Se estima que las mujeres europeas cobran un 16 % menos a la hora que los hombres comunitarios. La metodología empleada será el estudio de informes primarios y fuentes secundarias. Por otra parte, este trabajo se articula alrededor de tres capítulos, el primer capítulo hace referencia a la igualdad de género en la UE convertida en valor fundamental, principio y objetivo de la acción comunitaria. El segundo capítulo hace referencia a la realidad social de la brecha salarial de género, la cual continúa siendo una cuestión pendiente para la UE y, por último, el tercer capítulo, lleva a cabo un análisis crítico de las medidas de la Unión Europea en su lucha contra la brecha salarial. En cuanto a las conclusiones, es notable que la brecha de género se relaciona y aumenta con la precariedad debido a que las mujeres constituyen la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial, además, no solamente la igualdad entre hombres y mujeres es un derecho fundamental y un valor de la Unión Europea, sino que la igualdad de género y por ende poner fin a la brecha salarial es una necesidad y un requerimiento para poder mejorar en términos de crecimiento económico, empleo y cohesión social.

Palabras-clave: Brecha salarial, desigualdad, Unión Europea

Abstract: Although women and men are equal before the law, there is evidence that shows how far this statement is from reality. The gender pay gap is a clear example of this. The aim of this work is to know what the gender pay gap means for the European Union and what this supranational organization does about it. This work is necessary because of the effect that the gender pay gap has on women's lives. It is estimated that European women earn 16% less per hour than EU men. The methodology used will be the study of primary reports and secondary sources. Furthermore, this work is structured around three chapters, the first of which refers to gender equality in the EU as a fundamental value, principle and objective of Community action. The second chapter refers to the social reality of the gender pay gap, which remains a pending issue for the EU and,

finally, the third chapter carries out a critical analysis of the European Union's measures in its fight against the pay gap. As regards the conclusions, it is remarkable that the gender gap is related and increases with precariousness due to the fact that women make up the majority of part-time workers. In addition, not only is equality between men and women a fundamental right and value of the European Union, but gender equality and therefore closing the wage gap is a need and a requirement for improvement in terms of economic growth, employment and social cohesion.

Key-Words: salary gap, inequality, European Union

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de este trabajo es conocer qué supone la brecha salarial por cuestiones de género para la Unión Europea y qué hace esta organización supranacional al respecto. Para ello trataremos de estudiar cuáles son las consecuencias de su existencia, cuáles son los beneficios de terminar con esta desigualdad y qué medidas se han tomado desde las principales Instituciones de la UE para la igualdad salarial entre los hombres y las mujeres en el contexto de la Unión.

Para alcanzar este objeto de estudio, plantearemos y abordaremos en este trabajo una serie de objetivos. El primero sería tener un conocimiento lo suficientemente amplio y estructurado de cuál es la situación de la brecha salarial en la Unión Europea y cómo afecta a las mujeres y a la sociedad en su conjunto en ámbitos como la economía, la cultura, las tradiciones o la educación.

El segundo objetivo es analizar cuál ha sido la respuesta de la UE en materia de la lucha contra la desigualdad de género en general y de reducción de la brecha salarial de manera particular. Para alcanzar dicho objetivo, es necesario mostrar cuál es y cómo ha sido el proceso de normativización a este respecto focalizando el análisis en los valores y principios fundamentales de la UE, los cuales se han dictaminado en los Tratados haciendo mención al Tratado de Lisboa —que como Derecho Primario sientan los pilares de cómo ha de funcionar la Unión Europea—y las Directivas —que junto a los Reglamentos, Decisiones, Dictámenes y Recomendaciones forman el Derecho Derivado—. También estudiaremos con una mirada crítica cuáles han sido las políticas llevadas a cabo por las principales Instituciones de la UE para hacer frente a la brecha salarial.

Los objetivos aquí expuestos convergen hacia un centro de relevancia como es el intentar comprender cuáles son los motivos que hacen que a pesar de

que la UE emprenda numerosas legislaciones para finalizar con la brecha salarial de género esta siga existiendo y afectando a un número elevado de mujeres en la Unión.

Así, la paradoja de la reducción de la igualdad salarial de género en la UE es la problemática de este trabajo ya que, si la igualdad de género se ha impuesto a lo largo de los últimos años como uno de los objetivos centrales de la UE, los progresos realizados a este respecto siguen siendo lentos y tímidos.

Hipótesis y metodología

La cuestión de brecha salarial, sus logros y sus límites en la UE da pie a numerosas hipótesis, en este trabajo abordaremos solo dos de las posibles. La primera hipótesis hará referencia a cómo la brecha salarial se vincula con la precariedad laboral, entendida esta en términos de temporalidad laboral y bajos sueldos. Es decir, si se puede suponer que la brecha salarial es mayor cuando son las mujeres las que ocupan puestos de trabajo precarios, a tiempo parcial y menos valorados socialmente.

La segunda hipótesis versa acerca de cómo la brecha salarial constituye una realidad fraccionada en la UE que depende de la lucha contra la precariedad laboral, no solo por parte de la UE, sino por el conjunto de los Estados miembros.

Para poder hacer frente a este análisis, la metodología empleada será el estudio deductivo tras una lectura crítica de informes extraídos tanto de fuentes primarias (fuentes doctrinales y jurídicas elaboradas propiamente por la UE) como de fuentes secundarias (informes realizados por expertos en la materia, que aportan una visión menos institucional sobre la brecha salarial). Teniendo así dos visiones diferentes del objeto de estudio, una visión institucional y otra visión académica.

Este trabajo se articula en tres capítulos centrales que intentan responder a la problemática. Estos capítulos nos ayudarán a entender por qué continuamos teniendo una brecha salarial tan elevada y por qué la UE no consigue erradicarla.

El primer capítulo hace referencia a la igualdad de género en la UE convertido en valor fundamental, principio y objetivo de la acción comunitaria. Se tratará así de estudiar diacrónicamente la importancia dada a la igualdad de género en la Unión mediante sus Tratados y Directivas.

El segundo capítulo hace referencia a la realidad social de la brecha salarial de género, que continúa siendo una cuestión pendiente para la UE. En este

apartado se mostrará apoyándonos en datos, cuál es la situación de las mujeres respecto a la brecha salarial en el ámbito comunitario.

El tercer y último capítulo hace referencia al análisis crítico de las medidas de la Unión Europea en su lucha contra la brecha salarial. En este sentido intentaremos responder a la pregunta de qué hace la Unión y qué puede hacer para dar fin a esta desigualdad.

La idea es poner en relación las normas adoptadas vigentes mediante un espíritu crítico y feminista para averiguar qué es lo que falta por hacer y cuáles son los límites a la hora de adoptar las normas y aplicarlas.

Estos tres capítulos quedan complementados con una introducción y una conclusión que a modo de resumen final buscará contestar a los objetivos propuestos y corroborar o contradecir las hipótesis planteadas.

1. La igualdad de género de la Unión Europea: Valor fundamental, principio y objetivo de la acción comunitaria.

En este primer apartado se abordará la cuestión de cómo de importante es la igualdad de género para la Unión Europea. Para ello se realizará, por una parte, un análisis de los valores, objetivos y principios que constituyen la UE. Por otra parte, se analizará cómo se ha abordado la igualdad por razón de género en el Tratado de Lisboa, con relación a los artículos que se exponen dentro del Tratado y, por último, se hará una breve mención a cuál es la doctrina en materia de igualdad en la UE.

Muestra de la importancia dada por la Unión a la igualdad la encontramos tanto en los valores como en los principios que constituyen el acervo de actuación de todos los Estados miembros, es decir, sientan la base de cómo ha de ser la actuación de los Estados para con sus ciudadanos y entre ellos.

La UE se establece en torno a una serie de objetivos —promover el progreso económico y social, un espacio sin fronteras internas donde se ofrezca libertad, seguridad y justicia, fortalecer la cohesión económica y social de los ciudadanos de la UE, el establecimiento de una unión económica y monetaria con una moneda única, la realización de una política exterior y de seguridad común, reforzar la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, combatiendo la exclusión social y la discriminación, el desarrollo de una cooperación en el

ámbito de la justicia y de los asuntos internos— (TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, 1992, p. 7-8).

De todos los objetivos anteriores hay que destacar el objetivo de combatir la exclusión social y la discriminación, esto hace referencia a cualquier forma de discriminación incluida la discriminación por razón de género.

Además de los objetivos, hay que destacar los valores que rigen la UE —dignidad humana, libertad, igualdad, Estado de Derecho y desarrollo humano—. De estos valores hay que destacar el valor de la igualdad por el cual la discriminación por razón de género existente en la sociedad europea rompería con este valor (BAR, 2014, p. 99).

En cuanto a los principios, que forman los fundamentos, orígenes y el punto de partida de la normativa europea, se agrupan en aquellos que se refieren a los principios de las libertades —Estados nacionales y democráticos, economía de mercado y subsidiariedad— y los de justicia —incluyen los principios de competencia, solidaridad y acervo comunitario— (CORRAL, 2000, p. 61-68).

El principio de igualdad entre hombres y mujeres queda establecido en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea "la igualdad entre las mujeres y los hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos incluyendo aquí empleo, trabajo y su remuneración (…)". A su vez, hay que destacar el principio de igualdad de retribución por un trabajo igual independientemente de su género (CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2000, p. 13).

Finalmente hay que mencionar el principio de democracia, que rige toda la Unión Europea y que se muestra incompatible con la existencia de la brecha salarial puesto que no se entiende que pueda existir una democracia representativa plena a la par que existe desigualdad por razón de género (CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2000, p. 8).

El conjunto de principios aquí evocados nos muestra como la igualdad entre los hombres y las mujeres se alza en objetivo principal para la Unión, valiéndose del contenido de los Tratados para reforzar estos principios.

Barón muestra como la entrada al marco común del Tratado de Lisboa ha destacado la proclamación clara de los valores de la Unión, con una especial mención a la igualdad entre mujeres y hombres, el pluralismo, la no discriminación y la tolerancia (BARÓN, 2008, p. 8).

Nogueira indica como el Tratado de Lisboa posee numerosos aspectos positivos, entre los que se encuentran la confirmación de los valores y objetivos de la UE como elementos constitucionales. Además, establece un carácter vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, constituyendo así que esta Carta sea establecida como Derechos Primario para la Unión (NOGUEIRA, 2017, p. 40).

Entrando en materia de cómo se trata la igualdad de género en el Tratado de Lisboa, haremos un repaso de cuáles son los artículos que hablan de la igualdad. El primer artículo que hace referencia a la igualdad es el artículo 1 bis "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres" (TRATADO DE LISBOA, 2007, p. 11).

Otro artículo que trata el tema de la igualdad es el artículo 2 apartado 3 "La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño" (TRATADO DE LISBOA, 2007, p. 11).

Un tercer artículo sobre como la igualdad es un pilar fundamental en la Unión Europea lo encontramos en el Capítulo 1, artículo 10 A — apartado 1— "La acción de la Unión Europea en la escena internacional han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional" (TRATADO DE LISBOA, 2007, p. 23).

Finalmente aludiremos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que propone una nueva base a las reivindicaciones de las mujeres. Esta Carta refuerza la protección de los derechos fundamentales con motivo del desarrollo de la sociedad, el progreso social y de los científicos y tecnólogos. La Carta fue desarrollada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2000, p. 3).

En referencia a la situación de la desigualdad entre los hombres y las mujeres destacamos el artículo 23 citado anteriormente (CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2000, p. 8).

Siguiendo la línea de Lirola, existe una discusión acerca de la utilidad de la Carta debido a la falta de obligatoriedad de esta. Por un lado, está la postura partidaria del desarrollo de la UE como un sistema federal para quienes la Carta representa un catalizador de la constitucionalización y un garante de la naturaleza "sui generis" de la Unión y del individuo en el proceso de integración (LIROLA, 2004: 101,108). Mientras en la contraparte, se indica que ninguno de los derechos contenidos muestra alguna novedad debido a que ya estaban recogidos de manera más o menos clara en los textos normativos vigentes (LIROLA, 2004, p. 101,108).

A través de dichas referencias podemos afirmar que la igualdad, así como la lucha contra todas las formas de discriminación hacia las mujeres aparecen recurrentemente tanto en el Tratado de Lisboa como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo que permite deducir como se ha forjado la base jurídica en referencia al género.

Para poder comprender este apartado hay que comentar brevemente la naturaleza de las Directivas, estas son de obligado cumplimiento para los Estados destinatarios, pero deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 3).

Balaguer muestra como las Directivas de género unido al importante activismo del TJUE han permitido que la igualdad de género se considere un derecho básico en el seno de la Unión Europea (BALAGUER, 2005, p. 278).

En cuanto a la normativa llevada a cabo por la UE en materia de igualdad hay que hacer referencia a cuáles han sido las principales Directivas en esta materia. Hay que destacar por ello la Directiva 75/117/ CEE elaborada el 10 de febrero de 1975, cuyo fin era reforzar las medidas existentes y la aplicación del principio de igualdad en la retribución de los salarios independientemente del género para un mismo trabajo o trabajos de igual valor en todos los Estados miembros. Abre a su vez la posibilidad jurisdiccional para aquellas personas que se hayan sentido perjudicadas por la no aplicación de dicho principio de igualdad, e insta a los Estados miembros a eliminar cualquier tipo de discriminación (MINISTERIO DE IGUALDAD Y MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, 2010, p. 114).

La Directiva 76/207/CEE elaborada el 9 de febrero de 1976, garantiza el cumplimiento del principio de igualdad de género tanto de manera directa como de manera indirecta en el acceso al empleo, la formación, la promoción laboral y las condiciones de trabajo, dando cabida a la capacidad de los Estados de realizar "acciones positivas" siempre que sea necesario (ORTIZ, 2003, p. 101).

La Directiva 2006/53/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo elaborada el 5 de julio de 2006, es una refundición de la Directiva 76/2007/CEE del Consejo, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, la Directiva 75/117/CEE del Consejo y la Directiva 97/80/CE del Consejo, con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación (PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006, p. 1).

Todas estas Directivas tienen el fin de materializar y asentar el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres, en especial, el principio de igualdad en materia laboral, sirviendo como un complemento y como una herramienta de la Unión para garantizar el cumplimiento del Tratado de Lisboa, de los valores, principios y objetivos de la UE. Aun así, tal y como señala Postigo y Rosales, las Directivas y las medidas normativas versadas en igualdad de género en la UE han tendido a corregir las causas de la desigualdad, pero no las consecuencias que produce la desigualdad estructural (POSTIGO Y ROSALES, 2007, p. 196-197).

2. La realidad social de la brecha salarial de género. Una cuestión pendiente para la Unión Europea.

Veo necesario comenzar explicando qué se entiende por brecha salarial de género: "la diferencia existente en el salario entre los trabajadores por cuestión de género, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de los trabajadores"(COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 2).

Según lo que indican Conde-Ruiz y Marra de Artiñano , se realiza este análisis en función de las horas debido a que las mujeres trabajan en su mayoría en condiciones de jornadas parciales y temporales (CONDE-RUIZ Y MARRA DE ARTIÑANO, 2016, p. 3).

En su artículo conjunto, investigadores como Usategui e Izola indican como la persistencia de la brecha de género es una demostración del orden de género heredado y generalizado de provisión y cuidado de la sociedad industrial,

que opera e interactúa en la organización del trabajo y en la división sexual de este. Esto genera un mercado basado en connotaciones como la competencia social, el logro, el reconocimiento y la remuneración (DEL VALLE ET AL., 2016, p. 185).

Siguiendo la línea de Nuño, la participación de las mujeres en el mercado laboral se ha determinado por las responsabilidades del cuidado familiar y del hogar que el proceso de socialización o las prácticas culturales se han convertido en obligaciones morales de las mujeres (NUÑO, 2009, p. 218).

Rossilli muestra como las políticas europeas de igualdad han sido parte de la modernización de la UE, han promovido el acceso al mercado laboral a las mujeres, pero también han contribuido a aumentar las desigualdades entre los hombres y las mujeres en cuestiones como la segregación en el empleo, la brecha salarial y las prestaciones sociales (ROSSILLI,2001, p. 32).

Según cifras del Parlamento Europeo en su propuesta de resolución sobre la brecha salarial de género (2019/2870(RSP)), las mujeres comunitarias cobran un 16% menos que los hombres a la hora. Esta cifra ya muestra una gran diferencia entre los salarios, pero si tenemos en cuenta tanto la tasa de empleo y la participación de las mujeres en el mercado laboral, la cifra pasa de un 16% a un 40% (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 5). Además, solo el 8,7% de los hombres europeos trabajan a tiempo parcial mientras que la cifra sube hasta el 31% en el caso de las mujeres según cifras del Parlamento Europeo en la propuesta de resolución sobre la brecha salarial de género (2019/2870(RSP)) (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 5).

Tal y como indica Sparreboom, las jornadas a tiempo parcial han permitido introducir a un alto número de mujeres al mercado laboral pero no ha supuesto la eliminación del empobrecimiento de estas, ya que el empleo a tiempo parcial suele ser precario tanto en el aspecto económico como en la calidad del trabajo (SPARREBOOM, 2014, p. 271).

Una de cada cinco mujeres europeas según cifras del informe 2019/2870 (RSP) trabaja en sectores donde el salario es menor a diferencia de los hombres donde la cifra se sitúa en uno de cada diez hombres, mostrando la precarización del trabajo de la mujer (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 6).

Otra muestra de esta precarización y de la existencia de la brecha salarial de género la encontramos en las cifras aportadas por el Parlamento Europeo en el informe 2019/2870 (RSP) donde se indica que en los sectores considerados "feminizados" en los cuales las mujeres representan el 65 % de la plantilla, el

salario es menor que en aquellos sectores laborales donde la mayoría de los trabajadores son hombres (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 5).

Por otra parte, y siguiendo las cifras aportadas por el mismo informe del Parlamento (2019/2870(SPD)) vemos como la brecha salarial no afecta de igual manera a todas las mujeres, independientemente de su edad. Para aquellas trabajadoras cuya edad se comprende entre los 15 y los 24 años, la cifra de brecha salarial se sitúa en torno al 7% mientras que, si tomamos la franja 65 años o más, esta cifra asciende al 38%, lo que indica un incremento de brecha salarial cinco veces mayor (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 6).

Existe también diferencias en la brecha salarial si la mujer es el principal sustento de la familia o si por el contrario el principal sustento es un hombre. Según datos de la Comisión Europea en su comunicado COM(2017)678, si la mujer representa el principal sustento familiar la tasa de riesgo de pobreza se sitúa en torno al 35% mientras que si el sustento principal es aportado por una figura masculina la cifra desciende hasta el 28% (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 2).

La pérdida económica resultante por la existencia de brecha salarial en el empleo se sitúa en torno a 370.000 millones de euros al año según cifras del Instituto de Investigaciones Políticas de la Mujer (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 6). Esta cifra es un indicativo de como la brecha salarial no afecta exclusivamente a las mujeres, sino que afecta al conjunto de la sociedad.

Un indicativo de los beneficios de la eliminación de la brecha salarial es la reducción de la tasa de pobreza. Según cifras aportadas por el Parlamento Europeo en su propuesta de resolución (2019/2870(RSP)), la tasa de pobreza entre las mujeres trabajadoras es de un 8% descendiendo a un 3,8% si se redujera la brecha salarial. Por otra parte, según cifras del mismo informe del Parlamento Europeo, reduciendo la brecha salarial de género se podría pasar de los 5,6 millones de niños que viven en riesgo de pobreza a 2,5 millones, lo que supone un descenso de más de la mitad (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, p. 6).

Otro beneficio de acabar con la brecha salarial sería la reducción de la tasa de pobreza de mujeres mayores de 65 años debido a que tienen una pensión menor que los hombres por recibir un salario inferior durante su vida laboral. Según datos de la Comisión Europea en su informe "Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea", de 2012, el 21,7% de las mujeres europeas mayores de 65 años se encontraban en riesgo de pobreza mientras que las cifras de hombres en riesgo de pobreza con la misma edad se reducían hasta el

16,3% (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 2). A fecha de 2020 y según datos de la Comisión Europea en su informe COM (2020)152, la brecha pensional entre hombres y mujeres en la Unión Europea sería del 30,1% (COMISIÓN EUROPEA, 2020, p. 11).

El cuarto beneficio de poner fin a la brecha salarial lo encontramos en un beneficio del PIB ya que tal y como indica el Parlamento Europeo, por cada punto que se reduzca la brecha salarial supone un incremento del 0,1% del PIB europeo (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

La situación de la mujer en el mercado laboral no se puede comprender sin tener en cuenta la imposición de los roles familiares hacia las mujeres, de la misma manera que la situación del hombre en el mercado laboral se explica por la gran disponibilidad de tiempo que pueden dedicar al empleo debido a su escasa participación en el mantenimiento y cuidado del hogar y de la familia (ROYO, 2011, p. 126).

Sánchez-Mira indica como la consolidación del modelo "male breadwinner" según el cual el hombre es quien ha de sustentar económicamente a la familia ha impuesto que el trabajo de la mujer y su salario sea un complemento económico al sustento familiar, lo que provoca una minusvaloración del empleo de la mujer y por ello poseen un salario inferior (SÁNCHEZ-MIRA, 2017, p. 90).

Las desigualdades salariales entre las mujeres y hombres han sido interpretadas tomando en consideración diversos factores. El primer factor que explica la existencia de la brecha salarial hace referencia al valor que se da al trabajo de la mujer, el cual suele estar infravalorado al ser considerado más fácil de realizar o que son trabajos menos indispensables generando que las mujeres tengan una remuneración inferior que la de los hombres por un trabajo de igual valor (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 5-6). Ejemplo de esto lo podemos encontrar en el sector de la limpieza, sector donde predominan las mujeres quienes reciben un salario inferior al de los hombres encargados de la recogida de basuras (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 5-6).

La segunda razón la encontramos en la conciliación de la vida familiar y profesional, debido a que son las mujeres las que normalmente han de encargarse del cuidado del hogar y de la familia, provocando que tengan trabajos, en su mayoría, a tiempo parcial (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 5), y haciendo que las mujeres no sean económicamente independientes aunque en el cómputo de las horas de trabajo realizadas por estas tanto en el ámbito profesional como en el

cuidado de la casa y la familia, concluyan en jornadas superiores a la del hombre (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 5-7).

La tercera causa es la infravaloración de las capacidades y aptitudes de la mujer, afectando a la valoración de su trabajo, ya que se considera que las capacidades de las mujeres reflejan características puramente femeninas y no competencias adquiridas a diferencia de los hombres; esto suele producirse en los sectores más feminizados (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 6). Un ejemplo es el caso del sector de la enfermería donde la mayor parte de los empleados que trabajan en este sector son mujeres y reciben un salario inferior al de los técnicos en medicina a pesar de que los conocimientos sean similares (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 6).

Un último factor, es el peso de los roles de género en la sociedad y las tradiciones, que determinan qué actuaciones han de realizar las mujeres o los hombres en la sociedad provocando así que existan trabajos considerados social y laboralmente masculinos y femeninos (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 7). Un ejemplo es el caso de como por tradición las mujeres han de desempeñar el trabajo de cuidadoras, asegurar la limpieza y mantenimiento del hogar, los cuales no son considerados trabajos y por lo tanto no están remunerados (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 7).

3. Análisis crítico de las medidas de la Unión Europea en la lucha contra la brecha salarial entre mujeres y hombres.

Teniendo en cuenta y bajo la convicción de que las políticas públicas han de centrarse más en las causas de la brecha salarial y no solo en las consecuencias o en la promulgación de leyes, pasaremos a analizar los dispositivos adoptados por cada una de las Instituciones Europeas.

Lombardo muestra como existen contradicciones dentro de las políticas de género de la Unión Europea, las cuales surgen del hecho de que todas las medidas diseñadas para aumentar la igualdad de género acaban teniendo efectos negativos en las mujeres por el contexto patriarcal imperante. Ejemplo de esto lo encontramos en las políticas de género de la Unión Europea, las acciones positivas, la igualdad de oportunidades o el mainstreaming (LOMBARDO, p. 225). Este trabajo resulta interesante ya que plantea posibles soluciones para superar el dilema y crear medidas más efectivas para lograr la igualdad de género.

María Rigat-Pflaum indica como las políticas de género, desde la IV Conferencia de Mujeres de Beijing —1995—, definieron el "gender mainstreaming" como el enfoque que debía seguir la UE en sus políticas. Este concepto puede ser entendido como una estrategia que involucra a todos los agentes sociales, instituciones, sindicatos, fundaciones, etc (RIGAT-PFLAUM, 2008, p. 40), para alcanzar la igualdad de género.

El problema reside en la existencia de dos posiciones contrarias a la hora de clasificar el mainstreaming. Existe una primera postura que lo considera como el único enfoque capaz de transformar las posturas imperantes para alcanzar la igualdad. Por el contrario, la segunda postura indica que este enfoque solo servirá para consolidar las estructuras existentes, siendo la causa de esta consolidación una transversalización del género hacia todos los ámbitos del Estado y provocando así, una pérdida de institucionalidad para la mujer y una reducción de la incidencia de las políticas de igualdad de oportunidades (RIGAT-PFLAUM, 2008, p. 52).

Siguiendo el planteamiento de Lombardo, el primer límite que mencionaré, es hacía que van dirigidas las medidas, ya que en su mayoría son propuestas que ofrecen soluciones a las causas, pero no buscan erradicar de manera clara los orígenes de la existencia de la brecha salarial. Es decir, tratan de equiparar las jornadas a las de los hombres o de reducir la brecha salarial pero no se centran en las diferencias sociales y materiales de las mujeres y los hombres ni en erradicar la educación sexista imperante en el sistema patriarcal actual que incrementa de manera más profunda la brecha salarial (LOMBARDO: , p. 234).

Otro límite lo encontramos en el fomento por parte de la UE de la llamada "discriminación positiva" que si bien es cierto que se fundamenta en garantizar que las mujeres puedan acceder a sectores masculinizados, donde no tendrían acceso de manera natural sino fuera por estas acciones positivas, siguen estigmatizando a las mujeres ya que no se las reconoce como un igual, sino que han de recurrir a leyes para acceder a empleos "masculinos" (BACCHI, 2006, p.34). Además, siguiendo la línea de Bacchi, las cuotas o acciones positivas también representan un cambio en las políticas feministas hacia una postura más moderada, menos conflictiva y centrándose en la inclusión y no en el cambio de sistema que propicia la desigualdad (BACCHI, 2006, p. 39).

Otro límite de las actuaciones de la Unión Europea recogiendo lo citado por RigatPflaum, es el uso del maintreaming, el hecho de focalizar que todas las Instituciones Europeas se encarguen de cuestiones sobre brecha salarial e igualdad de género acaba provocando que se realicen muchos planes o estrategias pero que

no se focalice en un solo plan aplicable a todo el mapa europeo (RIGAT-PFLAUM, 2008, p. 40). Tal y como indica Lombardo, existe el riesgo de que el mainstreaming acabe reduciendo los conocimientos de género y los logros conseguidos en política de género; el hecho de que se dé una visión de género a todas las políticas e Instituciones Europeas puede degenerar en el desmantelamiento de las instituciones de género ya que las diversas Instituciones Europeas tratan este tema de manera individual (LOMBARDO, p. 231).

El cuarto límite que creo conveniente mencionar es con relación al concepto de interseccionalidad, La Barbera define interseccionalidad como la conexión de diferentes desigualdades en las mujeres, como es el caso de las mujeres inmigrantes que tienen una doble desigualdad, el hecho de ser mujer y el hecho de ser inmigrantes. Esta conexión de desigualdades no es tenida en cuenta de manera específica y clara por los planes de las Instituciones Europeas, pues al ser planes genéricos no profundizan en las desigualdades femeninas con respecto a otras mujeres, lo que hace que a la hora de abordar la brecha salarial solo se tenga en cuenta el hecho de ser mujer y no si están afectadas por otras desigualdades (LA BARBERA, 2016, p. 112).

El quinto límite, es la falta de mecanismos que garanticen que los planes y las estrategias son llevadas a cabo por todos los países miembros. Siguiendo el trabajo de Lombardo, la falta de recursos y personal imposibilita que se pueda garantizar el cumplimiento de los planes para reducir la brecha salarial; además existe una reticencia a la intromisión de las Instituciones Europeas en los asuntos nacionales y existen límites a la supervisión de la Comisión según el Tratado de Lisboa en el ámbito nacional de los países (LOMBARDO, p. 234).

Empezaremos hablando de cuál es la función del Parlamento Europeo y cuáles han sido las propuestas adoptadas por este. El Parlamento actúa como colegislador junto al Consejo, adopta y modifica propuestas legislativas y puede decidir en el presupuesto de la UE, actúa como supervisor de la Comisión y demás organismos de la Unión, también coopera con los Parlamentos de los Estados miembros (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

El Parlamento Europeo aprobó el 30 de enero de 2020 la resolución "2019/2870(RSP)" en la que pide a la Comisión Europea la elaboración de medidas vinculantes para combatir la brecha y la transparencia salarial, tanto en el sector público como privado (PARLAMENTO EUROPEO, 2020). En esta misma resolución, pide una revisión inmediata y la actualización del "Plan de Acción sobre la brecha salarial de género" que establezca objetivos claros que los

Estados miembros puedan cumplir para reducir la brecha salarial. Destacando la necesidad de añadir una nueva perspectiva interseccional de desigualdades en el nuevo Plan de Acción, y rogando a la Comisión que evalúe la necesidad de adoptar medidas específicas para reducir la brecha salarial tanto a escala nacional como a escala supranacional (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

A su vez, pide a los Estados miembros que aumenten las actividades para acabar con la brecha salarial de género mediante la aplicación del principio de igualdad de retribución, especialmente equilibrando los salarios de los trabajos a tiempo parcial y a tiempo completo. Pidiendo también el aumento de la transparencia salarial y la mejora de la calidad jurídica para identificar los sesgos de género, la discriminación salarial y los prejuicios laborales (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

Esta resolución insiste en la necesidad de establecer objetivos claros que permitan que los Estados reduzcan la brecha salarial en los próximos cinco años, mediante la inversión de dinero en la educación y en atención a la infancia, la inversión en la conciliación familiar y laboral (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

Se busca crear disposiciones que se adecuen a la situación de las mujeres de edad avanzada, es decir, prestaciones de supervivencia, promover la formación profesional y la educación continuada permitiéndolas un mayor acceso a empleos de calidad, un aumento en las capacidades de adaptación y reciclaje (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

La crítica que se puede realizar al Parlamento Europeo es la incapacidad de iniciativa normativas o elaboración de propuestas vinculantes debido a sus funciones de colegislador, de aprobación de los presupuestos europeos y de control democrático, por lo que solo puede instar a otras Instituciones, como a la Comisión Europea, de la elaboración de medidas y posteriormente proceder a su modificación.

La Comisión Europea, es un órgano ejecutivo independiente de la Unión Europea, posee el poder ejecutivo y la iniciativa legislativa de manera exclusiva frente al Parlamento Europeo y al Consejo, es decir, presenta las leyes que posteriormente serán aprobadas o no por el Parlamento y el Consejo. Estas leyes han de proteger los intereses de la UE y a sus ciudadanos en nociones que no puedan ser reguladas eficazmente en el plano nacional (COMISIÓN EUROPEA, 2020). La Comisión también gestiona las políticas europeas, asigna los fondos de

la Unión, elabora los presupuestos para su posterior aprobación, vela junto al TJUE del cumplimiento de las normas y negocia los acuerdos internacionales en nombre de la Unión Europea (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

La actuación de la Comisión Europea en materia de igualdad de género lo podemos comprobar en el "Compromiso Estratégico para la Igualdad de Género 2016-2019", donde se establecen cinco ítems de actuación: la independencia económica entre hombres y mujeres, la igualdad salarial por igual trabajo y valor, es decir, poner fin a la brecha salarial, igualdad en la toma de decisiones, dignidad, integridad y fin de la violencia sexista e igualdad en la acción exterior (JOUROVÁ, 2015, p. 6).

En materia de igualdad salarial, la Comisión llevó a cabo el "Plan de Acción de la Unión Europea 2017-2019: abordar la brecha salarial". En este plan se plantean veinticuatro puntos de acción bajo ocho temáticas —mejorar el principio de igualdad salarial, combatir la segregación de género en sectores, romper el techo de cristal, abordar la sanción penal, aumentar el valor que se le dan a las capacidades, habilidades y aptitudes de las mujeres, descubrir las desigualdades y estereotipos, informar sobre la existencia de brecha salarial y mejorar las asociaciones para abordar la brecha— (COMISIÓN EUROPEA).

La Comisión presentó su estrategia de igualdad de género el 5 de marzo de 2020 "Trabajar por una Unión de la Igualdad: la estrategia de igualdad de género". Bajo el lema " Igual remuneración por el mismo trabajo" se establecieron cuestiones como la propuesta de elaborar disposiciones vinculantes en materia de igualdad salarial para finales de 2020, garantizar que los Estados miembros apliquen las políticas de conciliación de la vida familiar y profesional, e incluso, la búsqueda de un reparto equitativo de los permisos por motivos familiares y fórmulas de trabajo flexibles. Se fomentaba facilitar el acceso a las guarderías y otros servicios de asistencia para poner fin a la brecha salarial por cuestiones de género (VON DER LEYEN, 2020, p. 1-3).

Es necesario mostrar como estas medidas se han visto reforzadas mediante una partida presupuestaria a proyectos relacionados con la igualdad de género, aprobándose en el presupuesto de la UE (2021-2027) a través de subvenciones del programa "Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores" a los fondos estructurales, sociales y de cohesión de la Unión (VON DER LEYEN, 2020, p. 3).

La estrategia desarrollada por la Comisión de la Presidenta Von der Leyen, se centra en la integración de la perspectiva de género en todos los ámbitos, niveles e iniciativas para responder a los principales retos europeos —el cambio climático y la digitalización—, además se llevará a cabo la perspectiva interseccional y una financiación específica para la igualdad de género (VON DER LEYEN, 2020, p. 3). Por su parte, la anterior Comisión de Juncker se articuló en 10 puntos: el impulso al empleo, un mercado único digital, una política de cambio que mire al futuro, un mercado interior más justo, una unión económica y monetaria más justa, un acuerdo de libre comercio con EE. UU. razonable y equilibrado, un espacio de justicia y derechos fundamentales basados en la confianza mutua, una nueva política migratoria y una Unión de cambio democrático (DEBYSER.A ET AL., 2015, p. 1). Destacaremos como entre estos 10 ítems no encontramos ninguno que haga referencia a la igualdad de género.

El problema en la actuación de la Comisión reside en la falta de estudios de seguimiento en la implementación de los planes o estrategias y de su acogimiento en los países miembros. Otra carencia es la falta de informes en los qué se muestren que puntos han dado los resultados esperados y cuáles han sido deficientes con el fin de mejorarlos en planes o estrategias posteriores.

El Consejo de Europa se encarga de garantizar el mantenimiento de los valores y principios de la Unión Europea (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN). El Consejo aprobó la "Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023", vinculada a la defensa de los derechos de la mujer con el objetivo de acabar con los prejuicios y estereotipos sobre la mujer, el sexismo, garantizar el acceso de las mujeres a empleos de calidad y a recursos económicos con el objetivo de finalizar con la dependencia de las mujeres hacia los hombres (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, 2018, p. 6). Busca implementar la dotación económica y humana en las políticas de igualdad de género y fortalecer los mecanismos institucionales para la igualdad de género en el ámbito local y nacional (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, 2018, p. 6).

Se reconoce también la necesidad de finalizar con la brecha salarial para poder lograr la independencia económica de las mujeres, requisito para crear una sociedad equitativa y sostenible (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, 2018, p. 4).

La actuación del Consejo de Europa busca poner fin a los prejuicios, costumbres y tradiciones basadas en los roles de géneros estereotipados, describiendo, recopilando y difundiendo buenas prácticas para erradicar los estereotipos en el ámbito educativo, laboral y familiar (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, 2018, p. 11).

La problemática de la actuación del Consejo de Europa, recogiendo también la crítica a la Comisión, es que a pesar de ser la institución que abandera el cumplimiento de los valores y principios de la UE, no lleva a cabo un seguimiento pleno y constante de los planes y estrategias llevadas a cabo con el fin de eliminar la brecha salarial, delegando así la aplicación efectiva y completa de los mismos al buen hacer de los Estados miembros.

Por otra parte, también es interesante hablar de la discusión existente en el seno del Consejo entre aquellos países que siguen una línea en defensa de la igualdad de género y del feminismo y aquellos países negacionistas o contrarios a las políticas feministas. Entre los negacionistas podemos destacar a Viktor Orbán, Primer Ministro de Hungría, expulsado del Partido Popular Europeo o el Primer Ministro de Polonia, Mateusz Morawiecki —hay que destacar aquí que Polonia introdujo junto a Reino Unido el protocolo Nº30 en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE con el objetivo de imposibilitar la reforma en su derecho sobre la familia—. La existencia de estas divisiones internas supone un lastre a la actuación del Consejo al tener que contar con una facción anti-género en las políticas de igualdad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene por misión velar por el cumplimiento del derecho, los Tratados, los valores y los principios que caracterizan a la UE—entre los que se encuentran la igualdad de los hombres y las mujeres en todos los ámbitos— (TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA). La actuación del Tribunal se ha realizado de manera conjunta con los programas y propuestas de las Instituciones Europeas, haciendo mención especial al Consejo de Europa, con el fin de interpretar de forma unánime los principios de igualdad de género (CARMONA, 2015, p. 299).

La mayoría de las sentencias emitidas por el Tribunal en materia de género se han realizado en el ámbito laboral, estas a su vez han sentado jurisprudencia para sentencias posteriores. A este respecto podemos destacar la sentencia Defrenne II —asunto C43/75—, elaborada en 1976, en la que se reconoce el efecto directo del principio de igualdad retributiva por igual trabajo

independientemente del sexo de los trabajadores, se indica que esto se tendrá que aplicar a todos los convenios colectivos tanto por cuenta ajena como en el sector público (SCHONARD, 2019).

La sentencia Bilka —asunto C-170/84—, elaborada en 1986, en la que el Tribunal dictamina que una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones es una discriminación si afecta a un número más elevado de mujeres trabajadoras que a los trabajadores de sexo masculino, a menos de que esté debidamente justificado (SCHONARD, 2019).

La problemática del TJUE reside en la falta de una educación jurídica en materia de género por lo que los juristas continúan con una educación asentada bajos las ideas masculinas sin tener en cuenta las visiones o los intereses de la perspectiva de género. Ejemplo de esta falta de perspectiva de género lo encontramos en los propios miembros que constituyen el TJUE, el Tribunal de Justicia está formado por 32 hombres en contraposición a las 7 mujeres miembros. Por otra parte, a su vez, el Tribunal General está formado por 36 hombres y 15 mujeres lo que nos muestra que las mujeres no representan ni el 25% de los magistrados de este órgano. Si tomamos como referencia el "Manual de la REFJ —Red Europea de Formación Judicial— sobre la metodología de formación judicial en Europa" vemos como en la formación inicial de jueces y fiscales recién nombrados no se ofrecen indicaciones acerca de la necesidad de educar en la perspectiva de género (HORNUNG Y OTILIA, 2016, p. 21-22).

CONCLUSIÓN

La brecha salarial de género tiene una amplia repercusión en la vida real de las mujeres. A pesar de que desde la UE se han llevado numerosos planes y estrategias para poner fin a esta práctica, es indiscutible que las mujeres siguen cobrando menos que un hombre por el mismo trabajo.

La primera conclusión a la que se llega respecto a la primera hipótesis, indicada al inicio de este trabajo, es que es notable que la brecha de género se relaciona y aumenta con la precariedad debido a que las mujeres constituyen la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial. Tal y como se ha mostrado, el 31% de las mujeres realizan trabajos a tiempo parcial, trabajos menos valorados y por ello peor pagados, sobre todos si son sectores "feminizados", consecuencia de los roles de género que las hacen ser madres y cuidadoras del hogar, haciendo

que por mucho que trabajen sean dependientes del salario del hombre, por lo que la primera hipótesis del trabajo queda corroborada.

Con relación a la segunda hipótesis, enunciada al inicio del trabajo, hemos visto como la lucha contra la brecha salarial por motivos de género no es una realidad que se pueda realizar exclusivamente desde la UE, sino que se ha de efectuar un trabajo conjunto entre todas las instituciones, tanto a nivel comunitario como a nivel estatal, si se quiere poner fin a esta desigualdad. Esto es debido a que por muchos planes o estrategias que se hagan desde las Instituciones Europeas si los Estados no las aplican de una manera correcta o no promueven su aplicación, estos tendrán una efectividad inferior haciendo que la brecha salarial se retroalimente y sea un constante, perpetuando así la situación de desventaja y desigualdad a la que las mujeres han de enfrentarse.

En tercer lugar, hay que hablar sobre los objetivos que se querían alcanzar con este trabajo. El primero era tener un conocimiento amplio de la materia que permita poder entender la gravedad del asunto, esto se ha ido desarrollando a lo largo del trabajo lo que posibilita que una vez finalizada su lectura se posea información y conocimientos sobre el tema, cumpliendo así con el primer objetivo propuesto.

Al respecto del segundo objetivo indicado, se han mostrado de manera detallada cuáles han sido las estrategias o actuaciones que se han llevado a cabo desde las Instituciones Europeas para poner fin a la brecha salarial. La Unión Europea, basa sus principios, valores y objetivos en la búsqueda y el logro de la igualdad tanto en el territorio miembro como en el ámbito internacional. Desde las instituciones también se han llevado numerosos planes y estrategias como la estrategia realizada por la Comisión en marzo de 2020 "Trabajar por una Unión de la Igualdad: La Estrategia de Igualdad de Género 20202025" bajo el lema "Igual remuneración por el mismo trabajo". Sin embargo, observamos como la existencia de estas legislaciones enfocadas al alcance de la igualdad y la eliminación de la brecha salarial son ineficaces debido a que la brecha salarial sigue siendo una realidad constante en la vida de las mujeres europeas.

A su vez, también podemos indicar la posibilidad que tienen tanto el Consejo como el Parlamento de bloquear las iniciativas de la Comisión, puesto que las dos primeras instituciones han de aceptar o proponer modificaciones a las iniciativas de la Comisión. Además, la existencia de Primeros Ministros o Presidentes de Estados miembros que son contrarios a las cuestiones de género dentro del Consejo son un bloqueo tanto para este como para la Comisión, puesto

que el Consejo hace sus pronunciamientos de manera consensuada por lo que estos Primeros Ministros o Presidentes de Estados pueden bloquear propuestas o iniciativas.

Cabe preguntarse por qué continúa existiendo brecha salarial con razón de género pese a todas las medidas llevadas a cabo por la Unión Europea y por los países miembros a nivel nacional. Hay que indicar que pese a la multitud de posibles factores interpretativos de la brecha salarial no existen causas concretas que expliquen los motivos de su existencia, ni existe un cálculo exacto de cuál es el efecto de esta brecha, porque, aunque el salario entre personas sea el mismo existen incentivos u horas extras que no son tomadas a la hora de contabilizar la diferencia salarial, lo que supone que realmente no podemos ser conscientes del alcance real de esta.

La brecha salarial no es un asunto meramente económico, sino que también acaba afectando y es afectado por otras desigualdades, como puede ser la relación entre la dependencia económica y la violencia de género. La Unión Europea tiene el desafío de ofrecer soluciones a sus ciudadanas que están en la intersección de distintas desigualdades. Esto constituye un reto para la Unión Europea al que ha de ofrecer soluciones si quiere cumplir con lo dictado en los Tratados, en los valores y principios.

Pero este desafío no es exclusivo de la Unión Europea, sino que los Estados miembros han de poder garantizar la igualdad entre sus ciudadanos y ciudadanas, para lo cual es fundamental hacer que la sociedad cambie la mentalidad y cree un nuevo acervo cultural basado en la igualdad entre géneros, para acabar con cualquier tipo de desigualdad incluida la brecha salarial de género.

Podemos concluir diciendo que no solamente la igualdad entre hombres y mujeres es un derecho fundamental y un valor de la Unión Europea, sino que la igualdad de género y por ende poner fin a la brecha salarial es una necesidad y un requerimiento para poder mejorar en términos de crecimiento económico, empleo y cohesión social. Por esto, animo a realizar un estudio sobre la brecha salarial de género en relación con cuál ha sido la respuesta de los Estados miembros y las posibles reticencias que estos hayan puesto a las actuaciones europeas en cuanto a los planes llevados a cabo para finalizar con esta desigualdad.

REFERENCIAS

BACCHI, C. *Arguing for and against quotas. Theoretical issues*, Dahlerup, Women, Quotas and Politics. Routledge. pp.32-52. London, 2006.

BALAGUER, M. L. *La Constitución europea y la igualdad de género*, Revista de derecho constitucional europeo, 3, pp.273-292, 2005.

BAR, A. *La Unión Europea como Unión de valores de valores y derechos: teoría y realidad,* Revista Teoría y Realidad Constitucional, 33, pp.99-140, 2014.

BARÓN, E. *El Tratado de Lisboa*. Boletín de Información, 303, pp.7-19, 2008.

CARMONA, E. *La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Revista Española de Derecho Constitucional, 104, pp.297-328, 2015.

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE 2000. *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> Acceso: 4 de abr. 2020, 14:20:00.

COMISIÓN EUROPEA (2014): *Cómo combatir la brecha salarial entre mujeres y hombres en la Unión Europea*. Disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1 460.pdf> Acceso: 2 de abr. 2020, 18:30:00.

COMISIÓN EUROPEA. *Comisión Europea*. Disponible en: <https://europa.eu/europeanunion/about-eu/institutions-bodies/european-commission_es#%C2%BFqu%C3%A9hace-la-comisi%C3%B3n?> ,Acceso: 1 de abr. 2020, 18:15:00.

COMISIÓN EUROPEA. *A*cción de la UE por la igualdad salarial. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/genderequality/equal-pay/eu-action-equal-pay_en>, Acceso: 5 de abr. 2020, 13:15:00.

COMISIÓN EUROPEA. *Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de género 2020-2015*. Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=EN>, Acceso: 3 de abr. 2020, 18:00:00.

CONDE-RUIZ, J.I; MARRA DE ARTIÑANO, I. *Brechas salariales de género en España*, Laboratorio de alternativas, 9, pp.3, 2016.

CORRAL, L. *La Unión Europea, sus principios y naturaleza*, Cuadernos de Estudios Empresariales, 10, pp.61-82, 2000.

DEBYSER, A. ET AL. *Las diez prioridades de la Comisión Juncker: situación al cabo de un año*. Servicios de Estudios del Parlamento Europeo PE 565.912., 2015.

DEL VALLE, I. ET AL. *Iguales en la previsión: ¿Cambios en las narrativas del cuidado?,* C. Díaz y C. Simó-Noguera (eds), Brecha salarial y brecha de cuidados. Tirant humanidades. pp.185-205. Valencia. 2016.

HORNUNG, R.; OTILIA. S. *Planificación de un programa de formación*, Manual de la REFJ sobre metodología de formación judicial en Europa. pp.14-27. Bruselas, 2016.

JOUROVÁ, V. *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 10.2838/774831, 2015.

LA BARBERA, M.C. *Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea*, Interdisciplina, 4(8), pp.105-120, 2016.

LIROLA, I. *La protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*, Agenda Internacional, Año X, 20, pp.93-111, 2004.

LOMBARDO, E. *La política de género de la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"?* en A. García y E. Lombardo (ed.), Género y Derechos Humanos. Mira Editores. pp.225-248. Zaragoza, 2002.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UE Y COOPERACIÓN. *Historia del Consejo de Europa*. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/ Paginas/HistoriaActividadConsejoEuropa.aspx>, Acceso: 3 de abr. 2020, 20:15:00.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UE Y COOPERACIÓN. *Consejo de Europa. Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023*. Disponible en: <https://rm.coe.int/estrategia-deigualdad-de-genero-del-coe-es-msg/16808ac960Una>, Acceso: 3 de abr. 2020, 10:00:00.

MINISTERIO DE IGUALDAD Y MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN. *La brecha salarial: realidades y desafíos; las desigualdades salariales entre mujeres y hombres*. Disponible en: <http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Sala_de_comunicaciones/Notic ias/2010/adj_not_08092010_1.pdf>, Acceso: 3 de mar. 2020, 12:15:00.

NOGUEIRA, M. L*a Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: Una lectura social de sus disposiciones generales*, Balance y perspectivas de la política social y laboral europea. Cinca, pp.1-177, Madrid, 2017.

NUÑO, L. *El empleo femenino en España y en la UE.* Revista de Investigaciones Feministas,1, pp.205-232, 2009.

ORTIZ, M.C. *Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 47, pp.99-109, 2003.

PARLAMENTO EUROPEO. *Las fuentes y el ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea.* Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf> Acceso:18 de may. 2020, 18:15:00.

PARLAMENTO EUROPEO. *Comprender la brecha salarial de género: definición y causas.* Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200109 STO69 925/comprender-la-brecha-salarial-de-genero-definicion-y-causas> Acceso: 2 de abr. 2020, 18:30:00.

PARLAMENTO EUROPEO. *Parlamento Europeo*. Disponible en: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/europeanparliament_es> Acceso: 3 de abr. 2020, 12:15:00.

PARLAMENTO EUROPEO. *Propuesta de resolución sobre la brecha salarial de género (2019/2870(RSP))*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-92020-0073_ES.pdf> Acceso: 3 de abr. 2020, 18:20:00.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2006/54/CE.* Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:002 3:0036:es:PDF> Acceso: 2 de abr. 2020, 16:15:00.

POSTIGO, M; ROSALES J. M. *Derechos humanos, multiculturalismo, e igualdad de género: una cuestión europea*, en J.R.Carracedo, A.M. Salmerón y M. Méndez (eds.), Ética, Ciudadanía y Democracia. CONTRASTES, pp.187-202. Málaga, 2007.

RIGAT-PFLAUM, M. *Gender maintreaming: un enfoque para la igualdad de género*, Nueva Sociedad, Tomo 218, pp.40-56, 2008.

ROSSILLI, M. *Políticas de género en la UE*, Rosilli, Políticas de género en la Unión Europea, Nueva York, Narcea S.A Ediciones, pp.21-47, 2001.

ROYO, R. *Maternidad, paternidad y desigualdades de género: los dilemas de la conciliación*, Revista de Servicios sociales, 53, pp.123-134, 2013.

SPARREBOOM, T. *Igualdad de género, trabajo a tiempo parcial y segregación en Europa*, Revista Internacional del Trabajo, 133 (2), pp.271-297, 2014.

SÁNCHEZ-MIRA, N. *La brecha salarial y las desigualdades de género en el mercado de trabajo. Una revisión de aproximaciones teóricas y aportaciones empíricas*, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 4, pp.87-98, 2017.

SCHONARD, M. *La igualdad entre hombres y mujeres*. Fichas técnicas sobre la UE. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/59/la-igualdadentre-hombres-y-mujeres> Acceso: 1 de abr. 2020, 18:15:00.

TRATADO DE LISBOA. *Diario Oficial de la Unión Europea, C 306*. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf> Acceso: 3 de feb. 2020, 13:00:00.

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Tratado de la UE*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. Disponible en: <https://europa.eu/europeanunion/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf>, Acceso: 2 de mar. 2020, 17:15:00.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE. *La Institución, presentación general*. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/>, Acceso: 2 de abr. 2020, 17:15:00.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *La Institución, presentación general*. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/>, Acceso: 2 de abr. 2020, 18:15:00.

VON DER LEVEN, U. *Trabajar por una Unión de la Igualdad: La estrategia para la igualdad de género 2020-2025*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fund amental_rights/gender_equality_strategy_factsheet_es.pdf>, Acceso: 1 de abr. 2020, 16:20:00.

A INTERSECCIONALIDADE ENTRE IDENTIDADE DE GÊNERO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro
Universidade Federal de Uberlândia
Uberlândia, MG, Brasil
claudia.loureiro@ufu.br

Resumo: A necessidade de se inserir o direito à identidade de gênero nas políticas públicas adotadas para a concretização da justiça de transição motivou a pesquisa consignada no artigo que tem como objetivo analisar a relação entre identidade de gênero e justiça de transição, sob a perspectiva da teoria da interseccionalidade. O trabalho investigará como se estabelece a relação interseccional entre o direito à identidade de gênero e a justiça de transição para o cumprimento pelo Estado do dever de devida diligência na adoção das medidas necessárias para a realização da justiça de transição. Com a finalidade de responder o problema proposto, o trabalho abordará a mudança de paradigma entre a violência sexual e a violência de gênero para a tutela internacional do direito à identidade de gênero e sua relação com o princípio da não discriminação, além de analisar o princípio da devida diligência, como mecanismo para a consolidação da justiça de transição, sob a perspectiva de gênero. O artigo também abordará os aspectos teóricos que contribuíram para a consolidação da perspectiva de gênero com o estudo das teses da violência estrutural de gênero, da colonialidade de gênero, da interseccionalidade e do ativismo social. O desenvolvimento do trabalho será conduzido pelo método dedutivo, com a análise das premissas anteriormente apontadas, para concluir que é necessário adotar a perspectiva de gênero para concretizar a justiça de transição, inclusiva e igualitária, com a ruptura da narrativa da violência de gênero e da colonialidade de gênero.

Palavras-chave: Identidade de gênero; Justiça de transição; Interseccionalidade.

Abstract: The need to insert the topic of the right to gender identity into the public policies adopted for the realization of transitional justice motivated the research consigned in the article that aims to analyze the relationship between gender identity and transitional justice from the perspective of intersectionality theory. The work will investigate how the intersectional relationship between the right to gender identity and transitional justice is established in order for the State to fulfill its duty of due diligence with the adoption of the necessary measures for the realization of transitional justice. In order to respond to the proposed problem, the work will address the paradigm shift between sexual violence and gender-based violence for the international protection of the right to gender identity and its relation to the principle of non-discrimination, as well as examine the principle of due diligence as a mechanism for consolidating transitional justice from a gender

perspective. The article will also address the theoretical aspects that have contributed to the consolidation of the gender perspective with the study of the thesis of gender structural violence, gender coloniality, intersectionality and social activism. The development of the work will be conducted by the deductive method, with the analysis of the premises previously mentioned, to conclude that it is necessary to adopt the gender perspective to achieve transitional, inclusive and egalitarian justice, with the rupture of the narrative of gender violence and gender coloniality.

Keywords: Gender identity; Transitional justice; Intersectionality.

INTRODUÇÃO

A interseccionalidade entre o direito humano à identidade de gênero e a justiça de transição é o objeto do artigo que destaca que a violência doméstica, a violência sexual, o assédio nas ruas e outras formas de violência baseadas no gênero foram tratadas como questões privadas e ignoradas pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais.

Em particular, a violência sexual não era considerada violação de direitos humanos ou crime internacional da mesma categoria que atos como desaparecimento forçado, execução ou tortura e, recentemente, a sociedade internacional passou a considerar que a violência sexual também é uma forma de violência baseada no gênero, que requer a atenção de diversos níveis de atuação do Estado, inclusive com a regulamentação do tema pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

A forma como a violência de gênero foi negligenciada pela sociedade internacional motivou o estudo que tem como objetivo principal o desenvolvimento da relação interseccional entre o direito humano à identidade de gênero e justiça de transição, para a construção de novas narrativas destinadas à promoção dos princípios da igualdade e da não-discriminação.

O problema central do artigo é analisar como a perspectiva interseccional pode contribuir para a consolidação do direito humano à identidade de gênero no contexto da justiça de transição, ou seja, analisar se a justiça de transição pode se tornar efetiva e eficaz, sem a adoção da vertente do gênero, como o direito que todo ser humano tem de desenvolver a sua personalidade de forma plena.

O trabalho, inicialmente, fará uma análise da tutela internacional do direito à identidade de gênero, apresentando os documentos internacionais que

regulamentam os direitos das mulheres e da população LGBTI. Na sequência, o artigo abordará o dever de observância da devida diligência pelos Estados, no sentido de adotar medidas públicas para tornar eficaz o corpo jurídico destinado à proteção da identidade de gênero.

Por sua vez, a contribuição da doutrina para a mudança de paradigma da violência sexual para a identidade de gênero será estudada no artigo com a pretensão de construir as bases para a justiça de transição.

Além disso, o artigo analisará os principais critérios e princípios para a realização da justiça de transição, concluindo pela intrínseca relação entre identidade de gênero e justiça de transição para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

O método dedutivo foi o escolhido para o desenvolvimento do trabalho, que tem como objetivo específico, a descrição de algumas teorias que contribuíram para a evolução da perspectiva da violência sexual para a perspectiva da violência estrutural de gênero, no contexto da teoria da interseccionalidade.

O artigo pretende concluir que a narrativa do direito à identidade de gênero é essencial para a concretização da justiça de transição com a edificação de novas narrativas baseadas no princípio da igualdade e da não-discriminação.

1. A tutela internacional da identidade de gênero e o princípio da não discriminação

A compreensão da perspectiva de gênero não é uma tarefa simples para o direito internacional dos direitos humanos, nem sob o aspecto legal, nem sob o aspecto jurisprudencial. No âmbito do direito internacional, o tema é regulamentado pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher de 1979 (CEDAW), no sistema global, e pela Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher - a Convenção de Belém do Pará de 1994 - no sistema interamericano e, para ambos os sistemas, a perspectiva de gênero representa um enorme desafio.

A perspectiva de gênero desenvolveu-se, nas sociedades, com base na distinção entre homem e mulher, na subordinação da mulher ao homem e no modelo masculino e heterossexual, adotados como *standards* ou referenciais para

o desenvolvimento da sociedade, o que acarretou a denegação dos direitos humanos para aqueles que não se encaixam no modelo patriarcal e discriminatório.

A lei, precisamente o DIDH, não está alheia a este processo discriminatório desenvolvido como forma de dominação, mas percebe-se que, embora exista uma legislação pertinente ao tema, ainda prevalece a ideia de que quando os indivíduos não seguem o estereótipo traçado por uma sociedade, que tem como a base da perspectiva do gênero o binário masculino e feminino, as situações de violência se intensificam, se a lei não for interpretada e aplicada de maneira adequada.

Assim, não basta que o direito internacional dos direitos humanos contenha um *corpus iuris* para regular o direito à identidade de gênero, sendo necessário também a compreensão de novos métodos de interpretação para aplicação interseccional das leis no sentido de concretizar a justiça de transição sob a perspectiva do gênero.

Além disso, a implantação da perspectiva de gênero demanda o desenvolvimento do princípio da não-discriminação e do direito à igualdade, que são normas de natureza *jus cogens,* e elementos de um princípio básico geral relacionado à proteção dos direitos humanos, ou seja, a dignidade humana. A esse respeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também estabeleceu que há uma conexão intrínseca entre a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos e os princípios da igualdade e da não discriminação, ao afirmar que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, entendimento que ficou registrado no Parecer Consultivo nº 24/2017 solicitado pela República da Costa Rica da Costa Rica àquele tribunal (CtIDH, 2003 e 2017).

Nesse sentido, cumpre notar que o estereótipo de gênero é prejudicial ao ser humano, pois limita a sua capacidade de desenvolver sua personalidade e de fazer suas próprias escolhas, assim como contribui para a violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, principalmente quando as investigações a respeito dos crimes praticados com base na violência de gênero são justificadas pelos estereótipos (CtIDH, 2017).

O tribunal interamericano asseverou, ainda, que a discriminação contra a mulher está associada com as práticas relacionadas aos estereótipos de gênero presentes em uma determinada sociedade, especialmente quando os estereótipos estão presentes nas políticas, práticas e narrativas das autoridades policiais e

judiciais e que, por isso, o uso de estereótipos se torna uma das causas da violência baseada no gênero (CtIDH, 2009).

É nesse sentido que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação e de violação aos direitos humanos, conforme previsto no artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, que estabeleceu, em seu artigo 2º, que os Estados devem adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza para coibir a discriminação contra a mulher. Além disso, o mesmo tratado, no artigo 5º, estabelece que deve haver uma mudança do paradigma social e cultural para eliminar preconceitos, costumes e todas as práticas baseadas na ideia da inferioridade ou da superioridade de sexos ou de regras de estereótipo entre homens e mulheres.

No mesmo sentido, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, de 1993, estabeleceu que a violência contra a mulher "é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, o que levou à dominação e à discriminação contra a mulher pelo homem e à prevenção do total desenvolvimento desta." (ONU, 1993).

Adicionalmente, a Recomendação Geral nº 19 de 1992, do Comitê do CEDAW estabeleceu que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação que inibe severamente a habilidade da mulher de exercer direitos e liberdades em igualdade com o homem, asseverando, ainda, que a definição do tratado sobre discriminação abrange a perspectiva de gênero, no sentido de que a violência dirigida contra a mulher se dá com base na sua condição de mulher, afetando-a de forma desproporcional (CEDAW, 1992).

A respeito do tema, em 2017, o Comitê do CEDAW publicou a Recomendação nº 35 que estabeleceu que a *opinio juris* e a prática dos Estados sugerem que a proibição da violência com base no gênero contra a mulher tem se desenvolvido como um princípio de direito internacional costumeiro e que, além disso, também é uma questão de interesse público, que não atinge apenas a vida privada das mulheres, motivo pelo qual sua posição de subordinação se perpetua como um obstáculo para que exerça os direitos previstos no CEDAW. Além disso, os direitos da mulher são indivisíveis e interdependentes com outros direitos humanos, como a vida, a liberdade, a saúde, a segurança (CtIDH, 2017).

A complexa trajetória para o reconhecimento da violência contra a mulher como violação de um direito humano passa a ter maior substrato a partir da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993 e da

Convenção de Belém do Pará de 1994 que consignaram a obrigatoriedade de os Estados adotarem medidas amplas para a erradicação da violência de gênero, de observarem o princípio da devida diligência e de investigarem adequadamente casos de violência de gênero.

O corpo normativo destinado a combater a violência contra a mulher e, consequentemente, a violência estrutural de gênero, tem como valor-fonte os princípios da igualdade e da não discriminação, que são direitos humanos que adentraram ao campo das normas de natureza *jus cogens*, e que não podem ser revogadas pelos Estados ou por particulares, que devem adotar todas as medidas necessárias para evitar a propagação da narrativa da discriminação por gênero, havendo uma relação intrínseca entre referidos princípios e a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos, de acordo com o comando do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CtIDH, 2012 e 2016; CADH, 1969).

Se por um lado o direito à igualdade é inerente à condição humana, por outro, a discriminação pode ser caracterizada por qualquer ato que tenha o objetivo de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas (CtIDH, 2017), conceito que pode ser extraído da conjugação dos artigos 1.1 e 24 da CADH.

A Declaração sobre Direitos Humanos e Orientação Sexual e Identidade de Gênero da ONU, de 2008, reafirmou o princípio da não discriminação no sentido de que os direitos humanos devem ser aplicados igualmente a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos considerou proibida a discriminação por orientação sexual, por expressão e identidade de gênero, de acordo com o artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e, por fim, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se pronunciou da mesma forma no artigo 2.2 do PIDESC.

Como foi possível notar, a erradicação da violência sexual tem como cerne a proteção do direito à identidade de gênero, uma vez que todo ser humano tem o direito de exercer a sua capacidade jurídica de acordo com sua orientação sexual, identidade e expressão de gênero, que é essencial para o desenvolvimento de sua personalidade, constituindo um dos aspectos fundamentais de sua autodeterminação, dignidade e liberdade.

Insta salientar que o direito à identidade de gênero é consequência do reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano, que está prevista no artigo 3º da CADH, que considera o indivíduo sujeito de direitos e deveres e titular de dignidade inerente à sua condição humana, o que não pode ser derrogado pelo Estado.

Como consequência da aquisição da personalidade jurídica e da dignidade inerente à condição humana, o ser humano deve ter a capacidade de exercer livremente sua personalidade, com seus atributos como nome, identidade e expressão de gênero, livre da opressão, da violência e da ingerência indevida do Estado em sua vida privada e, nesse aspecto, a falta de reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo configura violação de um direito humano, pois subtrai do indivíduo sua condição de sujeito de direito, colocando-o em situação de vulnerabilidade.

É por isso que o ser humano tem o direito de ter sua personalidade reconhecida pelo Estado em todos os seus atributos, inclusive com a capacidade de reconhecimento de sua identidade de gênero em seus documentos, tendo o acesso a mecanismos rápidos e eficazes para alteração de seu nome e de seu gênero, a fim de que possa ser perfeitamente identificado e reconhecido pelo Estado e pela sociedade de acordo com a expressão de sua verdadeira identidade.

Nesse sentido, o princípio nº 6 dos Princípios de Yogyakarta (2006) reconhece a intrínseca relação entre a personalidade jurídica e os atributos da pessoa humana que a individualizam e a identificam perante a sociedade, o que obriga os Estados a adotarem todas as medidas necessárias para facilitar a identificação das pessoas, conforme descreve o princípio 3 do mesmo documento.

Logo, o respeito à identidade de gênero é um passo importante para a consolidação da justiça de transição, para a mudança de paradigma da sociedade internacional patriarcal e colonial, em que impera a dominação pelo gênero, baseada na conformação binária entre homem e mulher e na dominação desta pelo homem, para uma sociedade que respeita a igualdade e não discrimina as minorias que não se encaixam no padrão binário de gênero.

O direito à identidade de gênero, no contexto da tutela internacional dos direitos humanos, exige a adoção de políticas públicas e de medidas para a concretização da justiça de transição, perspectiva que será analisada a seguir.

2. O princípio da devida diligência, identidade de gênero e justiça de transição

Uma das principais consequências a respeito da compreensão da violência contra a mulher como um direito humano se dá no contexto das obrigações internacionais dos Estados de prevenir, investigar, punir e reparar danos aos direitos das mulheres, o que está consignado na Convenção de Belém do Pará e no CEDAW, documentos complementares, que fazem parte do *corpus juris* para a prevenção e punição da violência contra a mulher (CtIDH, 2009 e 2014).

Assim, a Convenção de Belém do Pará, em seu artigo 8.b, estabelece que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias, incluindo medidas legislativas, no sentido de erradicar a violência contra a mulher, desenvolvendo programas educacionais, costumes ou práticas baseadas na igualdade entre homens e mulheres.

Além disso, o dispositivo legal em apreço deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 que estabelece a obrigação dos Estados observarem o cumprimento dos direitos e deveres previstos na CADH. Ademais, o artigo 2º do mesmo diploma legal dispõe sobre a obrigação dos Estados de realizar o controle de convencionalidade, adaptando suas leis internas, bem como sua aplicação e interpretação ao referido documento interamericano.

Por sua vez, o artigo 4º da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993) estipula que os Estados devem agir com a devida diligência para prevenir e investigar os atos de violência contra a mulher, independentemente de terem sido praticados pelo Estado ou por entes privados.

Importa ressaltar, ainda, no que diz respeito à condução de investigações com base nos estereótipos que fomentam a violência contra a mulher, que o Estado violará o dever de devida diligência se não organizar o seu aparato governamental e não possibilitar o livre e total exercício dos direitos humanos (CtIDH, 1988) e, assim, no caso de investigações que lidam com a violência contra a mulher, o Estado deve orientar as autoridades a incutir uma cultura de respeito e igualdade, de modo que as vítimas possam confiar nas instituições (CtIDH, 2017).

Assim, é obrigação do Estado erradicar a discriminação e a violência contra a mulher, cultivando um sentido de empatia pela orientação sexual e pela identidade de gênero, direito inviolável de todo ser humano, decorrente da dignidade inerente à condição humana, o que obriga os Estados a criarem

metodologias pedagógicas para promoção da mentalidade de respeito à diversidade biológica dos seres humanos (ONU, 2017; OEA, 2015).

Ademais, as investigações também devem ser conduzidas com imparcialidade, evitando a revitimização, que ocorre frequentemente quando os estereótipos são usados, como forma de culpar a vítima pelos crimes praticados (CIDH, 2003).

A propósito, no caso interamericano, Favela Nova Brasília v. Brasil (CtIDH, 2017), ficou estabelecido que os Estados devem criar todas as medidas para concretizar o princípio da devida diligência, como ter uma boa estrutura de proteção, aplicando-a apropriadamente, e implementando políticas públicas e práticas que permitam uma ação efetiva como resposta às reclamações.

Assim, os Estados têm o dever de prevenir atos e omissões que constituam violência contra a mulher, investigando, processando e aplicando apropriadamente sanções legais e disciplinares, bem como promovendo a reparação dos casos de violência com base no gênero (CEDAW, 2017, parágrafo 23), uma vez que a violência sexual, em suas diversas manifestações, representa uma séria violação dos direitos humanos e, por isso, a prevenção, a investigação e a reparação requerem o máximo de atenção dos Estados (CtIDH, 2004).

A esse respeito, o princípio da devida diligência impõe o abandono das perspectivas tradicionais neutras que tornam os atos de violência contra a mulher e de gênero como atos invisíveis e tolerados pela sociedade, como os casos de estupro que a Corte IDH (2010, parágrafo 180) considerou como práticas paradigmáticas de violência contra a mulher com consequências que vão além da própria vítima, podendo ser praticados por atos de violência física ou psicológica.

Nesse contexto, o Estado pode ser responsável pelas omissões de seus próprios órgãos na implementação dos *standards* para a investigação dos crimes de violência contra a mulher, precisamente quando as autoridades têm conhecimento dos fatos, mesmo antes de receber uma reclamação formal, mas falha na abertura de uma investigação imediata e com o dever de promover pronta assistência médica às vítimas no sentido de angariar provas. No mesmo sentido, o não cumprimento do dever de diligência também se caracteriza quando há omissão de uma importante evidência para provar a ocorrência dos fatos que ensejam violência contra a mulher (LOUREIRO, 2018, pp. 47-65).

No entanto, o cumprimento ao dever de devida diligência pelos Estados não se satisfaz com a abordagem individualizada da violência sexual contra a mulher,

mas sim sob o viés interseccional e ampliado para o contexto da violência estrutural de gênero e, para que a vertente possa ser compreendida, faz-se necessário o estudo da evolução do contexto da violência sexual para a violência de gênero, conforme será feito a seguir.

3. A evolução do paradigma da violência sexual para a violência estrutural de gênero

Embora a violência sexual atualmente seja reconhecida como violação de direitos humanos, nem sempre foi assim, pois, por muito tempo, a violência sexual foi um tema invisível, seja no contexto dos conflitos armados ou na vida cotidiana das sociedades.

Os *standards* sobre violência sexual começaram a se desenvolver a partir da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994), de modo que a violência sexual passou a ser considerada como crime contra a humanidade, crime de guerra, como forma de tortura e como um elemento do crime de genocídio, uma vez que os tribunais passaram a analisar os crimes de escravidão sexual e de nudez forçada, o que possibilitou a consideração do crime de violência sexual como dano colateral aos conflitos armados e como estratégia usada para aterrorizar populações, com sérios danos e sofrimento às vítimas.

A esse respeito, interessante notar que o caso Akayesu (TPIR, 1998), do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, definiu violência sexual como qualquer ato de natureza sexual cometido contra uma pessoa sob coerção, afirmando que a violência sexual não se limita apenas aos atos físicos de contato. Subsequentemente, o Tribunal Penal Internacional incluiu a violência sexual em seu Estatuto, como crime contra a humanidade e como crime de guerra, não se referindo apenas ao estupro, mas também à prostituição forçada, à gravidez forçada, à nudez forçada, à esterilização forçada, à escravidão sexual, ao aborto forçado e a outros casos de violência sexual.

Nesse sentido, o caso Akayesu foi um marco importante para o desenvolvimento dos direitos humanos no âmbito internacional, pois expressou o entendimento de que o estupro poderia ser considerado genocídio, embora essa conduta não estivesse prevista na Convenção do Genocídio de 1948, o que revelou a possibilidade de se interpretar a norma de forma extensiva no direito

internacional, para efeito do reconhecimento de determinados atos como crimes contra a humanidade.

No Sistema Interamericano, o Relatório do caso Raquel Martin de Mejía v. Peru, emitido pela CIDH (1996), também se revelou como uma importante contribuição para os direitos humanos por estabelecer que o estupro sofrido pela vítima foi uma violação do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que se refere ao direito ao tratamento humano, tendo sido considerado como um ato de tortura. O sistema produziu outros avanços em relação ao tema, assim como no caso Castro Castro v. Peru, de 2006, no qual a CtIDH estabeleceu uma importante análise sobre violação dos direitos humanos baseada no gênero, consignando que a violência sexual foi usada como forma de humilhar a outra parte, bem como para punir e reprimir a mulher.

Assim, os *standards* internacionais a respeito da violência sexual a definem como o ato de natureza sexual cometido por uma pessoa sem o consentimento da outra, que envolve a prática de invasão física do corpo humano, bem como atos que não envolvam a penetração ou qualquer contato físico (CtIDH, 2017). No mesmo sentido, o estupro foi considerado como a penetração vaginal não consensual, bem como a penetração oral e anal sem o consentimento da vítima, com partes do corpo ou com objetos.

Dada a natureza da violência, dificilmente os atos praticados podem ser comprovados com provas e evidências documentais, o que faz com que a declaração da vítima seja de especial importância para comprovar o ato. Por outro lado, a ausência de marcas físicas não significa que o ato não ocorreu e as declarações das vítimas devem levar em conta que ela está declarando um crime que normalmente não é reportado às autoridades.

No sentido da evolução do contexto da violência sexual, como parâmetro binário, para a perspectiva de gênero, relevante contribuição foi dada pelo Parecer Consultivo 24/2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitado pela República da Costa Rica, no sentido da mudança de paradigma, no âmbito do direito interamericano, entre a violência sexual e a violência estrutural de gênero.

Referido Parecer manifestou o entendimento da Corte a respeito da identidade de gênero, consolidando o direito ao reconhecimento da personalidade do ser humano, com o consequente direito ao exercício de suas capacidades, de acordo com a sua opção sexual, expressão e identidade de gênero, sem discriminação.

Além de estabelecer o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica como um direito fundamental, acompanhado do direito ao nome, da alteração do nome nos documentos de identidade, bem como com o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, com suas consequências patrimoniais, o Parecer em estudo elaborou um glossário a respeito das expressões de gênero mais comuns para auxiliar a compreensão dos Estados pertencentes ao sistema.

Referido glossário, longe de categorizar as espécies de gênero, demonstrou que a identidade sexual, em sua acepção binária, expandiu sua interpretação para outras espécies de identidade de gênero, fazendo com que a violência sexual se transformasse na acepção mais ampla da violência de gênero, obrigando os Estados a adotarem políticas públicas, medidas legislativas e administrativas capazes de conferir aos cidadãos mecanismos eficazes e efetivos para a preservação do direito humano à identidade de gênero.

Interessante notar, ainda, a contribuição do sistema africano de proteção aos direitos humanos para o direito a igualdade de gênero, com a decisão da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos sobre o caso do Mali, julgado em 2018. Em 11.05.2018, em que a Corte julgou o caso apresentado pela Associação pelo Progresso e pela Defesa dos Direitos das Mulheres de Mali e pelo Instituto dos Direitos Humanos e Desenvolvimento na África, relativa à idade mínima para o casamento. Pela primeira vez a Corte lida com os direitos das mulheres e das crianças no Mali, determinando que os Estados se comprometam a concretizar os *standards* do direito internacional dos direitos humanos na esfera do direito de família, aumentando a idade mínima das mulheres para o casamento naquele País e exigindo o consentimento da mulher.[1]

Ainda no contexto das conquistas experimentadas pelos direitos humanos em relação ao direito à identidade de gênero, importante destacar o ativismo social, que tem no papel desempenhado pelos ativistas, a função de contestar narrativas históricas e de reivindicar participação através do direito e da justiça com os movimentos sociais e com métodos alternativos de solução de conflitos para propiciar a conquista progressiva dos direitos humanos (DUARTE, 2017).

[1] O caso está disponível em <https://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/046%20-%202016%20-%20Association%20Pour%20le%20Progrès%20et%20la%20Defense%20Des%20Droits%20Des%20Femmes%20Maliennes%20-%20APDF%20Vs.%20Mali%20-%20Judgement%20of%2011%20Mai%202018%20-%20Optimized.pdf> Acesso em 22.05.2020.

Assim, os movimentos sociais desafiam a rigidez lógico-formal dos sistemas jurídicos e judiciais ao se posicionarem como sujeitos de direitos com a reinvenção dos tradicionais espaços públicos de cidadania e de participação de titularidade coletiva e com potencial emancipatório, atuando através da diplomacia cidadã, através do *amicus curiae*, da advocacia *pro bono* e da atuação das organizações não-governamentais.

Nesse sentido, o CEDAW é o resultado dos interesses das minorias que impulsiona os países a uma mudança radical, que reflete a tendência dos tratados internacionais descreverem e incorporarem novas formas de direito internacional. Assim, o CEDAW avançou com as normas de igualdade de gênero através do direito internacional mesmo que contrariamente aos interesses de alguns Estados, impulsionando-os ao dever de devida diligência para eliminar os estereótipos e a discriminação baseada no gênero das esferas pública e privada (ENGLEHART; MILLER, 2019).

Redes de ativismo transnacional influenciaram o desenvolvimento das normas internacionais sobre identidade de gênero, com a atuação da diplomacia cidadã e com a interação social de pequenos grupos de diplomatas que trabalharam para criar novas estruturas sociais, inclusive no âmbito do CEDAW, produto de longa cadeia de interações iniciadas por feministas no século XIX (KECK; SIKKINK, 1998).

Assim, o ativismo social promoveu o desenvolvimento de estruturas que contribuíram para a elaboração do CEDAW, o que levou um pequeno grupo de mulheres multiposicionadas a empregar as instituições existentes, como a diplomacia e a diplomacia cidadã, para criar o CEDAW, demonstrando que as elites cosmopolitas transnacionais foram os atores centrais para a construção do documento (ENGLEHART; MILLER, 2019).

Referido ativismo foi possível pela atuação da diplomacia cidadã, a diplomacia das pessoas, que significa a atuação política dos cidadãos comuns na representação de um país e que tem lugar quando os canais oficiais não estão disponíveis ou não são desejáveis. É uma forma de atuação que conjuga líderes dos setores público, privado e social para complementar a diplomacia tradicional por refletir a contribuição do cidadão comum aos Estados para a manutenção das relações

internacionais, motivados pela responsabilidade de engajamento e diálogo com o restante do mundo.[2]

Assim, os movimentos sociais, agregados ao ativismo social, de acordo com Madalena Duarte (2019), dão voz às minorias com intuito de proporcionar maior consciência e empoderamento, como fazem as ONGs, ao atraírem a atenção da comunidade para a defesa e efetivação dos direitos humanos, podendo-se registrar, também, o papel da advocacia *pro bono* que possibilita o acesso dos movimentos sociais à garantia da tutela dos direitos (KECK; SIKKINK, 1998).

Assim, os movimentos sociais, o ativismo social e a diplomacia cidadã, no âmbito transnacional, são essenciais para a consolidação da justiça de transição no contexto da violência estrutural de gênero, além da contribuição oriunda da doutrina, conforme será analisado a seguir.

4. A contribuição da doutrina para a consolidação da identidade de gênero

Tina Chanter (2006) explica que sexo e gênero são contextos mais maleáveis do que se possa imaginar e que a flexibilidade da amplitude de gênero decorre da evolução da cultura e da tecnologia, principalmente da biotecnologia que avançou para a prescindibilidade da heterossexualidade para a reprodução, sendo o gênero, portanto, o produto da evolução histórica e cultural das sociedades.

No sentido da flexibilidade do conceito de gênero, pode-se afirmar que não há um estilo cartesiano sobre a essência do gênero, mas sim uma série de atos que o significam e o ressignificam, que decorre do contexto histórico, cultural, corporal, gestual e que não reflete mais o pensamento minimalista da luta entre o sexo feminino e o masculino, mas que é ditado culturalmente para reinventar ou subverter códigos históricos de gênero, não havendo uma relação intrínseca entre sexo e gênero.

A compreensão do gênero pode ser explicada pela análise da tese da colonialidade do poder, de Quijano, que foi aperfeiçoada por Lugones e denominada de colonialidade de gênero, ou seja, o gênero colonial moderno, decorrente da imposição colonial (LUGONES, 2008).

---

[2] Sobre a diploma cidadã, consultar: www.centerforcitizendiplomacy.org. Acesso em 10.03.2019.

Quijano entende que o poder está estruturado em relações de dominação, exploração e conflito entre atores sociais que disputam os quatro âmbitos básicos da existência humana: sexo, trabalho, autoridade coletiva e subjetividade/intersubjetividade, seus recursos e produtores. Assim, o poder capitalista, eurocêntrico e global, está centrado na colonialidade do poder e na modernidade (AMIM, 2011).

A colonialidade do poder se expressa através de uma compreensão patriarcal e heterossexual, decorrente de um ideal capitalista, eurocentrado e global de gênero que revela como as mulheres colonizadas e não-brancas foram subordinadas e desprovidas de poder. Assim, a organização do gênero no sistema moderno/colonial de gênero é baseada no dimorfismo biológico, na organização patriarcal e heterossexual e está relacionada com a organização diferencial de gênero em termos raciais.

Referida tese introduz, portanto, a classificação social universal da população do planeta em termos de ideia de raça, o que reposiciona as relações de superioridade/inferioridade, reconcebe a humanidade e as relações humanas, através de uma ficção biológica no contexto do capitalismo global, dentro das teorias eurocêntricas das classes sociais, como uma classificação social que permeia todos os aspectos da existência social e permite o surgimento de novas identidades geoculturais e sociais, naturalizando a experiência das pessoas dentro do padrão de poder.

É nesse sentido que a interseccionalidade (CRENSHAW, 1989) entre raça e gênero revela o que não se vê quando referidas categorias se concebem separadamente e, por isso, a interseccionalidade propõe a intersecção das categorias dadas, mostrando o gênero como constituído e constituindo a colonialidade do poder, ou seja, a categorização das pessoas em gênero é uma forma de se propagar a colonialidade do poder, com uma determinada organização social e dominação ocidental sobre o mundo.

Logo, a colonialidade (LUGONES, 2008) do gênero prepara um terreno fértil para a propagação da violência estrutural de gênero, que é a violência gerada por estruturas organizadas e institucionalizadas, naturalizada e oculta em estruturas sociais que conduzem a opressão, por serem histórica e socialmente produzidas, de forma inerente ao sistema capitalista, uma vez que tal sistema se baseia na desigualdade entre as classes.

Nesse sentido, a violência estrutural de gênero é uma espécie de violência que se intensifica nos países periféricos, onde há superexploração do trabalho e colonialidade do poder, que produz um tipo de violência contra a população majoritária, incorporada na ordem social e mantida pelas instituições sociais, justificada e legalizada na ordem normativa (MARTIN-BARÓ, 2012).

A discriminação contra pessoas LGBTI é muitas vezes agravada por outros fatores como sexo, etnia, idade, religião, bem como por fatores socioeconômicos, como pobreza, conflitos armados e por múltiplas formas de discriminação, que geram efeitos no âmbito da vida privada e no seio da sociedade, uma vez que as pessoas LGBTI se vêem diante da violação do direito ao acesso a direitos básicos como trabalho, saúde, educação e habitação, vivendo em situação de pobreza e privadas de oportunidades econômicas. É assim que, como foi confirmado pelo ACNUDH, "as taxas de pobreza, a ausência de moradia e a insegurança alimentar são maiores entre as pessoas LGBT[I] (ONU, 2015).

Devido às múltiplas consequências da discriminação das pessoas LGBTI, as soluções apresentadas para a preservação do direito à igualdade, no contexto da identidade de gênero, necessitam ser interseccionais e, conforme já foi apontado, a interseccionalidade (CRENSHAW, 1989, pp. 139-167) propõe a análise da violência estrutural de gênero de forma conectada e não de maneira individualizada, inserindo a população LGBTI, em todas as esferas das consequências da discriminação experimentada, com a finalidade de alcançar soluções mais efetivas para a discriminação em apreço.

A análise interseccional (CRENSHAW, 2002) foi acolhida paulatinamente nos instrumentos e na hermenêutica internacional dos direitos humanos, permitindo que práticas discriminatórias fossem analisadas de forma multidimensional e não de maneira unidimensional, o que contribuiu para que a tese surgida no debate feminista atingisse outras vulnerabilidades, tais como aquelas suportadas pelas minorias LGBTI.

Assim, sua análise e aplicação foram ampliadas para outros grupos sociais em situação de vulnerabilidade, o que permitiu identificar a complexidade em que se situam os sujeitos pertencentes a grupos sociais que historicamente experimentaram exclusão e desvantagens para acesso aos seus direitos fundamentais.

A contribuição da tese para o direito representa uma estratégia importante para o alcance da igualdade por grupos vulneráveis, funcionando como uma

ferramenta para uma análise contextualizada, o que, no caso da população LGBTI, significa reconhecer que o conjunto de suas vulnerabilidades deve ser analisado de forma interseccional (CRENSHAW, 2002, pp. 171-263) e não de maneira unidimensional, uma vez que sua consideração conjunta possibilita o reconhecimento pleno dos direitos desrespeitados, além de criar um pensamento intergeracional de respeito aos direitos humanos.

Ainda no mesmo contexto, Makkonem (2002) aponta os benefícios de se adotar uma aproximação interseccional para propiciar maior efetividade na realização dos direitos humanos, por ensejar uma compreensão revolucionária a respeito da discriminação, revelando situações anteriormente ocultas sob diferentes aspectos, tais como, discriminação racial, de gênero e outras modalidades de discriminação.

Dessa forma, a interseccionalidade deve ser observada e aplicada nas políticas públicas destinadas a fomentar a justiça de transição, no sentido de erradicar a violência estrutural de gênero, o que será estudado no próximo capítulo.

5. Justiça de transição e violência estrutural de gênero

No âmbito da proteção universal dos direitos humanos, o Conselho de Direitos Humanos da ONU expressou sua "séria preocupação com os atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, cometidos contra pessoas em decorrência de sua orientação sexual e identidade de gênero." Além disso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos afirmou, em 2011: "em todas as regiões, existem pessoas que sofrem violência e discriminação por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero" e que "a mera percepção de homossexualidade ou identidade transgênero coloca as pessoas em situação de risco." (ONU, 2011).

No contexto dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, o Sistema Interamericano também se manifestou a respeito da violência estrutural de gênero, emitindo Resoluções, em 2008, que afirmam que as pessoas LGBTI estão sujeitas a diversas formas de violência e discriminação baseadas em sua orientação sexual, identidade e expressão de gênero, condenando os atos de violência, as violações de direitos humanos e todas as formas de discriminação (OEA, 2016).

Percebe-se, portanto, que as mulheres são afetadas pelos atos de violência em proporções diferentes dos homens e, em alguns casos, durante os conflitos armados, os atos de violência sexual contra a mulher são usados como forma de humilhar a outra parte ou como arma de guerra. Além disso, o uso da força pelo Estado para violar os direitos das mulheres, gera consequências em sua esfera privada, em sua saúde física e psicológica, mas também assume um aspecto público, de interesse da coletividade. Ademais, a situação pode ser agravada quando a violência contra a mulher for praticada por agentes do Estado, principalmente se a vítima estiver detida e vulnerável, o que reflete o abuso de poder praticado por agentes estatais.

Não menos preocupante é a violência estrutural de gênero praticada, de forma ampliada, contra a população LGBTI, o que não pode ser tolerado, seja no âmbito das instituições públicas ou por particulares numa realidade de pós-conflito (CtIDH, 2008 e 2009).

Por isso, a justiça de transição não pode se concentrar apenas em alterar a narrativa de governos autoritários para governos democráticos, mas deve ser, também, interseccional e inclusiva.

Nesse sentido, importante notar que, de acordo com o *Chicago Principles on Post-Conflicts Justice* (BASSIOUNI; ROTHENBERGH, 2007, pp. 16 e 17)), os Estados que tiveram regimes de exceção devem processar as alegações da prática de graves crimes contra a humanidade, encorajar investigações formais, criar órgãos e comissões, desenvolver políticas públicas e adotar as medidas necessárias para a transição, promovendo os direitos humanos, com a reforma da lei e o suporte à boa governança.

Assim, imperioso notar que o Brasil não seguiu os *Chicago Principles*, uma vez que ainda mantém em vigor a Lei da Anistia, ampla e irrestrita, não tendo realizado a reforma institucional necessária para a justiça de transição, o que não se justifica, uma vez que os Estados têm primazia para o exercício da jurisdição universal sobre os crimes praticados em seu território e, para tanto, devem contar com leis adequadas ao devido processo legal.

Por não contar com o aparato institucional adequado ao processamento dos crimes contra a humanidade, praticados durante o regime de exceção, o Brasil não pode se furtar ao exercício da jurisdição por outros países e pelos tribunais internacionais, devido ao princípio da complementaridade e ao princípio da jurisdição universal (BASSIOUNI, 2001-2002, pp. 81-162).

Assim, se o Brasil aceitou a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se submete à sua jurisdição e à obrigatoriedade de suas decisões, devendo realizar o controle de convencionalidade para conferir eficácia e efetividade à sentença relativa ao caso Gomes Lund, adaptando o direito doméstico e as demais esferas de poder, executivo e legislativo, à CADH a fim de consolidar a justiça de transição (CtIDH, 2010).

Por isso, a manutenção da anistia ampla e irrestrita aos perpetradores de crimes contra a humanidade está em desacordo com os *standards* de direito internacional e de direitos humanos, o que impõe a necessidade de o Brasil implementar a reforma institucional, principalmente no que tange ao direito doméstico.

Referida reforma institucional não pode se esquivar da análise interseccional da perspectiva do gênero e, embora não tenha sido suficiente, o Brasil criou um órgão destinado ao combate da violência contra a população LGBTI – o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – subordinado à Secretaria de Direitos Humanos, cujo objetivo é criar e propor "diretrizes para a ação governamental a nível nacional para combater a discriminação e para promover a defesa dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, o que reforça a justiça de transição, pois reflete a adoção de uma medida positiva no sentido de reverter ou de modificar situações discriminatórias em detrimento de um determinado grupo de pessoas, o que expressa um dever especial de proteção (BRASIL, 2010).

A Resolução nº 18/2011 do Escritório do Relator Especial da ONU para a Promoção da Verdade, Justiça, Reparação e Garantia de não-repetição (p. 3), estabeleceu que o Relator Especial deve integrar a perspectiva de gênero e a visão centrada na vítima durante o exercício do mandato e ambas as perspectivas devem ser analisadas e aplicadas de forma conexa [3].

No que tange à justiça de transição, importante ressaltar a doutrina de Ruti Teitel (2003, pp 69-94) que a considera como sendo uma concepção de justiça associada a períodos de mudança política, caracterizada por respostas jurídicas para enfrentar e superar traumas de regimes passados repressivos. Para a autora, o advento da justiça de transição decorre da globalização, que encaminhou a interconexão entre as esferas pública e privada, bem como a mudança dos agentes

[3] Documento disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/LTD/G11/163/88/PDF/G1116388.pdf?OpenElement> Acesso em 22.05.2020.

políticos, antes considerados como aqueles dotados de autoridade política e jurídica e, atualmente, ampliados para aqueles com autoridade moral na sociedade civil, como igrejas, organizações não-governamentais, grupos de direitos humanos, ou seja, aqueles que incorporaram em sua prática algumas formas ditas alternativas de solução de conflitos.

A mudança de configuração e de postura das Cortes Internacionais também foi importante nesse processo de transformação de uma justiça meramente retributiva para a de transição, de modo que as Cortes passaram a ouvir depoimentos de vítimas, com a implantação de um discurso que incorporou dispositivos de caráter moral, pondo em xeque os parâmetros tradicionais do discurso político estabelecido, concedendo à esfera pública o caráter de um campo mais aberto para a expressão de contestação do poder estabelecido, do discurso predominante e das práticas tradicionais de adjudicação de justiça.

O direito ao acesso à justiça passa a abranger o direito das vítimas de ter acesso a uma medida que assegure a veracidade dos fatos e que seja efetivamente aplicada em tempo razoável para possibilitar a punição do responsável. Além disso, a violência contra a mulher constitui não somente uma violação aos direitos humanos, mas ofensa à sua dignidade humana e manifestação histórica de desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres.

A justiça de transição preconiza, portanto, a revisitação do passado, com a indicação de como seguir adiante, propondo uma nova periodização, a engendrar novos cortes históricos ou pontos de ruptura, para possibilitar escolhas entre narrativas, ressaltando o significado contextual dos conflitos passados, visando reconstituir a concepção do presente para propor a recuperação ou reinvenção da capacidade de agir para a construção do futuro.

A inserção de novos atores jurídico-políticos, por meio do cenário da justiça de transição, com o redirecionamento da legitimidade de estabelecer soluções e respostas dos agentes tradicionais para a sociedade civil, e a inclusão de cidadãos como agentes de políticas diplomáticas (*citizen diplomacy*), faz da justiça de transição um instrumento mais apto para compreender as características dos conflitos contemporâneos e para solucionar as questões, traumas e riscos neles envolvidos.

A prática da justiça de transição, no contexto da globalização, interfere na tomada de decisões relativas ao choque entre as posições locais e globais,

transformando e reconfigurando a dicotomia entre globalização e soberania (TEITEL, 2005).

A propósito do tema, interessante notar que estudiosos apontam que há diversos elementos e seis princípios que regem a justiça de transição (LAMBAURNE, 2014, p. 33), destacando-se os elementos necessários para a transição no aspecto legal, no sentido de extinguir o sentimento de impunidade, bem como para o princípio que se refere aos aspectos simbólico e substantivo da justiça.

Nesse sentido, o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o Direito à Verdade estabelece a incompatibilidade entre as leis de anistia nos casos de sérias violações aos direitos humanos, além de recomendar aos Estados a eliminação de qualquer obstáculo legal ou de fato para a efetivação de procedimentos judiciais (CIDH, 2014, pp. 12 e 17).

Por ter fragmentado verticalmente o exercício de sua soberania com a adesão aos tratados do sistema interamericano, assim como com a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme explica Thomas Pogge (1992), o Brasil não pode se negar a acatar as decisões daquele tribunal, devendo agir de boa-fé em relação ao compromisso internacional assumido perante o sistema interamericano, tendo o dever de realizar o controle de convencionalidade, como consequência do dever de diligência.

Além dos *Chicago Principles*, há princípios e guias básicos (OHCHR, 2005), sobre o direito a um remédio e à reparação para as vítimas de graves violações de direitos humanos e de sérias violações do direito humanitário de 2006.

Referidos princípios devem ser aplicados no âmbito das Comissões da Verdade que representam um dos mecanismos mais efetivos para a concretização do direito à verdade, podendo definir órgãos de investigação com o objetivo de contribuir para que as sociedades confrontem o passado de exceção com o porvir da igualdade de gênero.

Assim, as Comissões devem pesquisar o passado, com foco nos abusos perpetrados durante determinado período de exceção, atuando com um claro e amplo mandato, que serve de medida para as expectativas do público e para a resposta da sociedade civil. São temporárias, durando de 6 meses a 2 anos, normalmente, apresentando, ao final, um Relatório com os fatos investigados e com as propostas de reconstrução e de reconciliação, mas não exercem mandatos com poderes judiciais e de processar e não estabelecem a responsabilidade

individual das pessoas envolvidas nos atos investigados, em que pese seu Relatório contribuir para a administração da justiça e para propiciar a abertura e a reabertura de ações destinadas à responsabilização dos perpetradores de atos caracterizadores de violações aos direitos humanos, incluindo os crimes de violência de gênero.

No que tange à violência de gênero, entretanto, é preciso esclarecer que as Comissões da Verdade, normalmente, salvo raríssimas exceções, adotam uma narrativa neutra, sem a identificação dos crimes de violência de gênero, deixando as vozes das mulheres silenciadas e esquecidas, pois, na maioria dos casos, são compostas por homens, não proporcionando o avanço para a perspectiva de gênero.

Quanto à de reparação dos danos, importa destacar que pouquíssimos programas observam as necessidades das mulheres, muito menos a perspectiva de gênero, uma vez que referida mentalidade implica abandonar noções equivocadas sobre violência de gênero para alcançar uma visão transformativa dos direitos das mulheres.

Assim, a consolidação da justiça de transição necessita incorporar a perspectiva de gênero, sob pena de ser mais um veículo de disseminação da discriminação e da exclusão.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada demonstrou que existe uma relação interseccional entre identidade de gênero e justiça de transição, na medida em que a perspectiva de gênero impõe a criação de órgãos, instituições e políticas públicas destinadas a concretização dos direitos humanos.

O respeito à identidade de gênero é o paradigma atual a ser observado em relação às minorias LGBTI, que impõe ao Estado a obrigação de respeitar a vida privada do cidadão, como consequência da obrigação negativa relativa aos direitos civis e políticos, que veda que o Estado pratique ingerências indevidas na vida do cidadão.

Da identidade sexual, baseada no binário homem-mulher, a sociedade deve alcançar o paradigma de gênero, possibilitando a ampliação do rol das expressões de gênero que conferem à pessoa o direito de exercer livremente os atributos de sua personalidade, com a finalidade de refutar o ideal colonial de dominação baseada no contexto binário, que impunha a dominação do homem sobre a

mulher, tornando-a vulnerável à violência sexual, à tortura e aos crimes contra a humanidade.

Referido discurso decorre de um ideal de colonialidade de poder, que se expande para a colonialidade de gênero, em que a prática da inferiorização de uns em relação aos outros é uma forma de dominação e do exercício de poder.

Nesse sentido, o ativismo social transnacional foi essencial para a edição de documentos internacionais no âmbito dos sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos, no sentido de ampliar a acepção da violência contra a mulher para a violência de gênero, com a inserção de novos mecanismos de monitoramento dos Estados, bem como de novos atores no cenário das relações internacionais, como a diplomacia cidadã, as organizações não-governamentais, a advocacia *pro bono* e o *amicus curiae*, que deram voz às minorias esquecidas pela governança global ainda estruturada com base na perspectiva da sociedade internacional patriarcal e colonial.

A doutrina, como importante fonte do direito internacional, também contribuiu para a mudança de paradigma acima explicitada, com a tese da interseccionalidade, que explica como os Estados devem abrigar em suas políticas públicas a perspectiva do gênero, de forma interseccional, sempre analisando o contexto da vítima e não a sua atuação individualizada na sociedade, uma vez que as mulheres e a população LGBTI podem ser atingidas de maneira específica e mais agravada com a violência estrutural de gênero praticada pelo Estado, pelos particulares e em zonas de conflitos armados.

E é nesse sentido que se vislumbra a necessidade de se implantar a perspectiva de gênero na consolidação da justiça transicional, a fim de que os Estados criem órgãos, leis e políticas públicas de respeito ao direito à identidade, criando uma cultura de respeito à igualdade e à não discriminação, principalmente com a realização da verdade, memória e justiça.

Por isso, vislumbra-se a relação interseccional entre identidade de gênero e justiça de transição, sem o que não seria possível levar a sério os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AMIM, Samir. *Eurocentrism. Modernity, Religion, and Democracy. A Critique of Eurocentrism and Culturalism.* Translated by Russell Moore and James Membrez. Capetown: Pambazuka Press, 2011.

BASSIOUNI, Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Chicago Principles on Post-Conflicts Justice*. 2007. Disponível em< https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf> Acesso em: Mar. de 2020, pp. 16 e 17.

BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, pp. 81-162, 2001-2002. Disponível em < https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/> Acesso em: Jan. de 2020.

BRASIL. Presidência da República do Brasil. Decreto no 7.388, de 9 de dezembro de 2010. Revogado pelo Decreto nº 9.883, de 27 de junho de 2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9883.htm#art13> Acesso em: Maio de 2020.

CHANTER, Tina. *Introduction from her gender: key concepts in philosophy*. London: Continuum, 2006.

CIDH. Inter American Commission on Human Rights. *The right to the truth in the Americas*. 2014. Disponível em< http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Right-to-Truth-en.pdf> Acesso em: Mar. de 2020.

CIDH. *Relatório sobre os Direitos das Mulheres. Situação de Direitos da Mulher na cidade de Juaréz, México: o Direito de ser Livre da Violência e da Discriminação*. 2003. Disponível em < https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/cap.6e.htm> Acesso em: Maio de 2020.

CIDH. *Caso Raquel Martin de Mejía v. Peru*. 1996. Disponível em < http://cidh.org/annualrep/95eng/Peru10970.htm> Acesso em: Maio de 2020.

Comitê do CEDAW. *Recomendação Geral nº 19 sobre Violência contra a Mulher*, 1992. Disponível em < https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Guia-CEDAW-_-Protocolo-Opcional_Cig.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

Comitê do CEDAW. *Recomendação nº 35 de 2017*. Disponível em < https://plataformamulheres.org.pt/site/wp-content/ficheiros/2019/04/CEDAW_Recomendac_a_o_35.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Parecer Consultivo nº 24/2017 solicitado pela República da Costa Rica*. Disponível em <

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Prisão Miguel Castro v. Peru*. 2008. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Los dos Erres v. Guatemala*. 2009. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_ing.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Veliz Franco e outros v. Gustemala de 2014*. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso González e outros v. México (campo Algodoeiro*). 2009. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf > Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Rios e outros v. Venezuela*. 2009. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Massacre Rochela v. Colômbia*. 2007. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_ing.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Fernández Ortega e outros v. México*. 2010. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf > Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Rosendo Cantu e outros v. México*. 2010. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_ing.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Massacre El Mozote v. El Salvador*. 2012. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_ing1.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Massacre Rio Negro v. Guatemala*. 2012. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Favela Nova Brasília v. Brasil*, 2017. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. 2012. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Duque Vs. Colômbia.* Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 2016. Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Velásquez Rodrigues v. Honduras*, 1988. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Opinião Consultiva nº 18/2003 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados de 2003*. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala*. 2004. Disponível em< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CtIDH. *Caso Rosendo Cantu e outro v. México*, 2010. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_ing.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum,* vol. 1989, Iss. 1, Article 8. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8> Acesso em: Ago. de 2019.

CRENSAHW, Kimberle. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas,* vol.10, n. 01, pp. 171-263, 2002. Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> Acesso em: Abr. de 2019.

DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça. Condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficina do CES nº270*, fevereiro/2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/11098/1/Condições%20prévias%20de%20participação%20dos%20movimentos%20sociais%20na%20arena%20legal.pdf> Acesso em: Abr. de 2019.

ENGLEHART, Neil; MILLER, Melissa K. Women's rights in International Law: critical actors, structuration and the institucionalization of norms. *Politics & Gender*, s.l., vol. 2, n. 16, p. 363-387, 2020. DOI 10.1017/S1743923X19000242. Disponível em< https://www.cambridge.org/core/journals/politics-and-gender/article/womens-rights-in-international-law-critical-actors-structuration-and-the-institutionalization-of-norms/E2EF5A5693F721A96FA5BFC13D4801E3> Acesso em: Abr. de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberania y la ciudadanía: um constitucionalismo global. *Isonomia: Revista de Teoria y Filosofia del Derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, vol. 09, p. 173-184, 2005. Disponível em < http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/> Acesso em: Maio de 2020.

FULLER,Robert. *Citizen Diplomacy*. Disponivel em www.centerforcitizendiplomacy.org. Acesso em: Mar. de 2019.

HABERMAS, J. Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? *Constellations*, vol. 15, n. 4, p. 445-455, 2008. Disponível em < https://static1.squarespace.com/static/58d6b5ff86e6c087a92f8f89/t/593e01365016e1368cca4eb9/1497235766970/02.+Habermas.pdf> Acesso em: Jan. de 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

HOUGHTON, Ruth; O'DONOGHUE, Aoife. Ourworld: a feminist approach to global constitucionalism. *Global Constitucionalism*, vol. 9, issue 1, p. 38-75, 2020. DOI:10.1017/S2045381719000273. Disponível em< https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism/article/ourworld-a-feminist-approach-to-global-constitutionalism/0D149C3948903DB50A767DA9A2275B60 > Acesso em: Maio de 2020.

KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca and London: Cornell University Press, 1998.

LAMBAURNE, Wendy. Transformartive justice, reconciliation and peacebuilding. In: *Transitional justice theories*. Susanne Buckley Zistel, Teresa Koloma Beck, Christina Braun and Friederike Mieth (Ed.) Routledge: GlassHouse book, 2014.

LOUREIRO, Claudia. A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo. In: 16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2018, Foz do Iguaçu. *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018. v. XIII. p. 47-65.

LUGONES, Maria. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*. Bogotá, Colômbia, nº 9, pp. 73-101, julio-deciembre 2008. Disponível em< https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf> Acesso em: Maio de 2019.

MARTIN-BARÓ, Ignácio. *Acción y ideologia: psicologia social desde Centro America*. San Salvador: UCA, 2012.

MAKKONEM, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights. Abo Akademi University, p. 36, Abril 2002. Disponível em<https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf> Acesso em: Nov. de 2019.

OHCHR. *Basic Principles Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 2005. Disponível em < https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/remedyandreparation.aspx> Acesso em: jan. de 2021.

ONU. Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993. Disponível em < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/095/05/PDF/N9409505.pdf?OpenElement> Acesso em: Maio de 2020.

ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher de 1979. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf>Acesso em: Maio de 2020.

OEA. Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>Acesso em: Maio de 2020.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em< https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: Maio de 2020.

PETERS, Anne. Global Constitucionalism. *The Encyclopedia of Political Thought*. First Edition. Ed. Michael T. Gibbons. 2015, p. 01. Disponível em < https://www.mpil.de/files/pdf5/Peters_Global_Constitutionalism__Encyclopedia_of_Political_Thought_20151.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and Sovereignty. *Ethics*, vol. 103, n. 1, pp. 48-75. Oct., 1992 Published by: The University of Chicago Press Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2381495>Acesso em: Abr. de 2019.

Princípios de Yogyakarta. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em < http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso em: Maio de 2020.

QUIJANO, Annibal. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. *Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005.

SCANLON, H.; MUDDELL, K. Gender and Transitional Justice in Africa: Progress and Prospects, *African Journal on Conflict Resolution*, vol. 9, no. 2, pp 9-28, 2009. Disponivel em< https://gsdrc.org/document-library/gender-and-transitional-justice-in-africa-progress-and-prospects/> Acesso em: Abr. de 2020.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, pp. 69-94, 2003. Disponível em< http://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf> Acesso em: Mar. de 2020.

TEITEL, Ruti. The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice, *Cornell International Law Journal,* vol. 38, n. 3, Article 9. Disponível em< https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1658&context=cilj > Acesso em: Mar. de 2020.

TPI. Estatuto de Roma. Artigos 7 e 8. Disponível < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso em: Maio de 2020.

UNICTR. *Caso Akayesu*. ICTR -96-4. Disponível em < https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-4> Acesso em: Maio de 2020.

“CURA", DISCIPLINA E PUNIÇÃO: as terapias de conversão nas clínicas do Brasil e do Equador

Ana Paula Pinto Damasceno
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro, Brasil
pauladms@hotmail.com

Resumo: O artigo discute como o discurso religioso cristão (embora não unânime) instrumentalizou as terapias de conversão em centros voltados aos dependentes químicos, em dois países sul americanos, Brasil e Equador, apesar das proibições vigentes em ambos os Estados. A partir de fontes bibliográficas, o trabalho busca demonstrar como a imbricação de gênero, sexualidade, saúde e religião condiciona a composição do problema das terapias reparativas, alicerçada no acionamento de noções de punição do “desvio”, “cura” da doença e “correção” pedagógica do comportamento. Dividido em duas partes principais, o texto examina, no ponto referente ao Brasil, os deslizamentos conceituais e a seleção de categorias biomédicas que transformaram as Comunidades Terapêuticas em espaço privilegiado para prática clandestina desses “tratamentos”. Em seguida, explora-se o contexto equatoriano para refletir sobre os limites das prescrições legais, incapazes de desencorajar a oferta de tais terapias, que dentre seus “métodos” conta com o estupro “corretivo” para curar as sexualidades não normativas. As práticas institucionais e diversos atores alinhados pela moralidade cristã cooperam para a persistência das terapias de conversão, de forma clandestina, ao mesmo tempo em que se empenham em criar bases normativas que legitimem essa “terapêutica” no seio da democracia.

Palavras-chave: terapias de conversão; América Latina; LGBTI+.

Abstract: The article discusses how Christian religious discourse (although not unanimous) instrumentalized conversion therapies in centers for drug addicts in two South American countries, Brazil and Ecuador, despite the prohibitions in force in both states. From bibliographic sources, the work seeks to demonstrate how the imbrication of gender, sexuality, health and religion shapes the problem of reparative therapies, based on the notions such as punishment of "deviation", "cure" of the disease and "correction" ”Pedagogical behavior. Divided into two main parts, the text examines, in the section referring to Brazil, the conceptual slips and the selection of biomedical categories that transformed the Therapeutic Communities into a privileged space for the clandestine practice of these “treatments”. Then, the Ecuadorian context is explored to reflect on the limits of legal prescriptions, unable to discourage the offer of such therapies, which among its "methods" relies on "corrective" rape to cure non-normative sexualities. Institutional practices and various actors aligned with Christian

morality cooperate for the persistence of conversion therapies, in a clandestine way, at the same time as they strive to create normative bases that legitimize this "therapy" within democracy.

Key-Words: conversion therapies; Latin America; LGBTI+.

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho consiste em discutir as chamadas terapias de conversão, expressão que aglutina variados procedimentos com o intuito de "reverter", "reparar" ou "curar" as orientações sexuais e identidades de gênero divergentes do padrão cisheteronormativo. A eficácia do suposto tratamento carece de lastro científico, o que se contrasta com o acúmulo de evidências dos prejuízos causados à saúde mental e, por vezes, a integridade física dos indivíduos que a ele foram submetidos, muitas vezes, de forma involuntária.

A inobservância dos princípios e direitos assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo Adicional de San Salvador, somada aos efeitos deletérios referidos e pressões dos movimentos sociais, culminaram na condenação de tais práticas pela Associação Americana de Psiquiatria (APA) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Contrário senso, a promoção "terapêutica" da "cura gay" não é proibida na maior parte dos países.

O foco dessa análise recai sobre os Estados Latino Americanos, Brasil e Equador que, junto à Malta e Albânia (DIAS, 2020), figuram no seleto rol de nações que proscreveram, sem ressalvas, o exercício desses tratamentos reparativos em todo seu território. A eleição de tais países é produto das indagações que emergem com a constatação da persistência da oferta institucionalizada (em Centros de recuperação de adictos), ainda que clandestina, das terapias de conversão, a despeito das legislações/resoluções nacionais. Em complemento, o passado colonial dos Estados sublinhados motiva perquirições adicionais acerca das lógicas de gênero e sexualidade que, herdadas do período precedente a independência nacional, seguem vigentes, ainda que redesenhadas para absorver os impactos operados pelas transformações históricas.

Analiso, ao longo de todo artigo, como os discursos religiosos instrumentalizaram as terapias de conversão em centros voltados aos dependentes químicos, ainda que de forma ilegal, por meio de equiparações conceituais forçadas, reanimação de classificações científicas superadas, captação

seletiva e aplicação descompromissada, com a área de conhecimento original, de categorias biomédicas.

O artigo se divide em duas partes fundamentais, sendo o contexto brasileiro evocado para demonstrar, mais detidamente, como a imbricação de concepções religiosas das sexualidades não normativas oportuniza a inserção e execução ilícita das terapias de conversão nas comunidades terapêuticas, voltadas a uma classe de pessoas também marginalizadas. Em um segundo momento, o cenário equatoriano entra em foco para destacar os limites práticos impostos pelo descompasso entre os marcos normativos e as práticas sociais e institucionais, além de sublinhar o fenômeno do estupro "corretivo" enquanto "técnica terapêutica", muitas vezes, empregada no suposto tratamento.

Sinalizo que não há pretensão de estabelecer uma comparação entre as dinâmicas sociopolíticas dos dois países acerca da temática explorada, tomando em conta o grau de aprofundamento que esse projeto demandaria. O esforço aqui realizado se concentra em desfiar algumas reflexões e visibilizar a manifestação desse problema social no eixo Sul-Americano, visto que, distinto do que ocorre nos países do Norte Global (Estados Unidos e Canadá) e Austrália, a história e os meandros das terapias reparativas não contam com larga documentação.

A empreitada de investigação foi construída a partir de fontes bibliográficas, conjunto esse composto por instrumentos internacionais, documentos oficiais expedidos por órgãos de classe e Estado, registros de organizações não governamentais, livros e material jornalístico, publicado em meio virtual. Tendo em vista a ambição de ler as relações de poder que os discursos produzem e refletem, adota-se como metodologia de análise aquela proposta por Foucault, a cujo conceito de poder, como algo do qual não se apropria, mas se exerce, igualmente recorro.

Assim sendo, o trabalho pretende demonstrar como a imbricação de gênero, sexualidade, saúde e religião condiciona e orienta a composição do problema alicerçado no acionamento de noções de punição do "desvio", "cura" da doença e "correção" pedagógica do comportamento por atores que disputam o conteúdo da democracia.

1. A persistência das terapias reparativas

Forjada em meados do século XIX, na Europa, a categoria homossexual (FOUCAULT, 2004), foi (e segue sendo) regulada por múltiplos atores, através

de ângulos diversos, em um processo não linear, permeado de contendas e antagonismos. O secularismo mitigou o lugar da moral religiosa, como fonte única de interpretação e determinação dos códigos de conduta, abrindo largo espaço para a elevação da ciência (jurídica e médica) como matriz legítima de normatização. A ordenação jurídica abordou pelas lentes criminais a homossexualidade/sodomia e transportou essa tipificação em seus navios coloniais, desembarcando-a nos códigos penais das terras dominadas. O crescente desenvolvimento das ciências médicas, da psicanálise, da psicologia e da medicalização conferiu novo enfoque à questão, que passou a ensejar tratamentos e terapias para sanear e reestabelecer o padrão heterossexual, entendido naquele momento como expressão singular da normalidade sexual.

Em 1952, a primeira publicação do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM), lançado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA), chancelou o caráter patológico das sexualidades que escapavam à norma hegemônica, registrando o homossexualismo como desvio de personalidade, mas especificamente, desvio de sexualidade (MACEDO e SÍVORI, 2018, p. 1419). Embora tal categoria tenha sido removida do DSM-II, a "homossexualidade egodistônica" foi incluída, em 1980, no rol de diagnósticos do DSM-III, que a descrevia como condição de sofrimento que, ocasionado pela insatisfação de homossexuais com sua orientação sexual, desejavam altera-la. Sob essa rubrica, restava autorizada a oferta de tratamentos de conversão, orientadas à heterossexualidade, para as demais sexualidades (MACEDO e SÍVORI, 2018, p. 1420).

É igualmente possível encontrar nas antigas edições da Classificação Internacional de Doenças (CID) o registro de homossexualismo como uma espécie de distúrbio mental. No início da década de 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) demoveu a orientação sexual não heteronormativa do repertório da CID (WILKINSON, 2013, p. 54). Dessa forma, o sufixo ismo, referente à patologia, deu passagem ao sufixo dade, que firma nas páginas da ciência o caráter comportamental da homossexualidade.

A concepção da homossexualidade como doença, evocada por religiosos, portanto, não é original e persiste a despeito do reposicionamento e das novas diretrizes estabelecidas pela ciência e pelo direito. Importa salientar que a descriminalização da homossexualidade não foi abolida em sua totalidade permanecendo vigente no ordenamento jurídico de diversas nações. A ausência de homogeneidade também acompanha o processo de despatologiazação da

homossexualidade, contra o qual atua o movimento ex-gay, coordenado por grupos religiosos. As terapias reparativas se inscrevem nesse terreno de resistência, ancoradas na perspectiva naturalista, segundo a qual a função procriativa, inexoravelmente circunscrita às paredes matrimoniais, é determinada pelo sexo biológico.

A continuidade de prestação desse serviço, em países como Brasil e Equador, transgride as proscrições legais, ocorrendo em Clínicas de Recuperação ou Comunidades Terapêuticas (doravante referidas como CT), inicialmente projetadas para reabilitação de dependentes químicos, as quais constituem plano privilegiado para analisar como as práticas e as lógicas de saúde, conjugadas com a moral religiosa cristã, podem aparelhar instituições com a instrumentalização de violências lgbtfóbicas.

2. A "terapêutica" das conversões cristãs no Brasil

Sob a direção de grupos cristãos (evangélicos ou católicos), muitas clínicas voltadas ao tratamento da dependência de substância psicoativas, no Brasil, baseiam seu "projeto terapêutico" na metodologia da "libertação das drogas pela evangelização" (CFP, 2011, p. 56), condicionam a cura à aceitação de Cristo e à conversão religiosa (RIBEIRO e MINAYO, 2015, p. 517). Inverte-se o processo e suprime-se a liberdade do indivíduo devoto, que não procura voluntariamente, nos corredores das Igrejas, a autoridade religiosa para extirpar o mal espiritual que lhe adoece o corpo. Ao contrário, as mencionadas religiões cristãs são impostas ao indivíduo nas CT como recurso integrante e indispensável ao tratamento de obtenção da cura, o que fica mais evidente nas situações em que a pessoa não comunga da fé cristã. Nessa trilha, Lígia Bittencourt (2003) chama a atenção para a particularidade da proposta pentecostal de cura vinculada à libertação dos males.

> Ao oferecer o poder da cura, o pentecostalismo se transforma numa estratégia para lidar com as doenças. Se, em realidade, grande parte das religiões faz isso, a ênfase do pentecostalismo na cura aparece em destaque devido à sua concepção de que converter é curar. Além dessa concepção, que relaciona cura com salvação da alma, os missionários tentam mostrar por meio da cura a veracidade da fé pentecostal e buscam assim expandir sua fé; muitos dos novos membros são convertidos através do dom da cura (...) A crença de que se recebeu uma benção especial e de que o poder de Deus é maior do que sua doença é fundamental no caminho da recuperação (BITTENCOURT, 2003, p. 269).

O Instituto Vida Renovada (IVR), comunidade terapêutica associada à Assembleia de Deus dos Últimos Dias (ADUD), situada em São João de Meriti (RJ) e fundada pelo Pastor Marcos Pereira, em 1999, trabalha o uso de substâncias ilícitas pela perspectiva pentecostal, segundo a qual a dependência química seria resultado da possessão do demônio sofrida pelo indivíduo. Nesse sentido, o tratamento prescrito para sanar este mal implica libertação dos demônios que é alcançada, em um primeiro momento, pela aceitação de Jesus pelos indivíduos que, na etapa posterior, precisam se converter à ADUD para que se salvem do vício e se curem (TARGINO, 2017, p. 82). A lógica subjacente a esse processo posiciona no centro do tratamento um sujeito fraco e errante, cuja recuperação exige intervenções corretivas (CFP, 2011).

A possessão demoníaca do corpo e espírito exige intervenção externa de técnicas de libertação capazes de orientar a "batalha espiritual" (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2009, p. 138; NATIVIDADE, 2006, p. 3) entre Deus e Satanás, entre o bem e o mal, responsável por pavimentar o caminho para cura, encontrada na adesão absoluta ao cristianismo. Lígia Bittencourt (2003) apresenta o lugar de excelência ritual da "cura dos males" e práticas de despossessão nos cultos pentecostais realizados nas Igrejas evangélicas e a extrapolação do sentido atribuído à doença e ao doente.

> A cura é um dos "milagres" ou "benefícios espirituais" mais fundamentais na Igreja Pentecostal. Assim, os evangélicos realizam o culto de cura de doenças de e/ou "libertação" – este, com a expulsão de demônios (...) Os pentecostais compreendem a ausência de saúde como fruto não apenas de problemas físicos, mas também um reflexo de questões morais e espirituais, o que é muito útil para abordar a questão das toxicomanias, pois supera o debate sobre se esta é uma doença orgânica ou não e também apela para a responsabilidade moral do indivíduo que se droga (BITTENCOURT, 2003, p. 269).

Não se verifica, na narrativa pentecostal, o abandono de concepções científicas, mas uma "apropriação seletiva", a distensão e adaptação de noções biomédicas para examinar a causa, diagnosticar enfermidades físicas e psíquicas e prescrever tratamentos de saúde (NATIVIDADE, 2006, p. 118). O processo de cura não pode ser trilhado com enfrentamento parcial dos desvios, a eficácia do tratamento está condicionada à libertação de todos os vícios, dentre os quais os comportamentos sexuais desatentos aos ensinamentos de Deus que, alicerçados na família cisheterossexual reprodutiva, devem ser implacavelmente combatidos. Todo esse empreendimento em nome da cura está costurado em normativas

sexuais de moralidade cristã que implicam assunção de lei divina restrita ao binarismo de gênero (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2009).

> Todo esforço pela *cura* (em seu sentido ideal) envolverá necessariamente um retorno às *determinações de Deus*, no que tange à sexualidade humana. A noção de *restauração sexual* pressupõe também um ideal de gênero a ser perseguido pela via da experiência religiosa (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2009, p. 124).

O artigo de Cecília Maríz (2016), dedicado ao estudo das ações sociais de grupos pentecostais evangélicos e carismáticos católicos, demonstrou que a categoria dependência opera como denominador comum das intervenções feitas nos círculos de usuários de drogas e nas populações de prostitutas e travestis. O que escapa aos contornos do esquadro sexual da família cristã é um sintoma, não uma identidade (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2009, p. 129), consiste antes em uma espécie de vício, como se verifica no trecho a seguir:

> De acordo com dois líderes católicos e alguns pentecostais, a situação de risco dessa população (prostitutas e travestis) endossa a necessidade de uma ação social por parte da igreja, além do que, entre eles, há também muitos dependentes químicos. Segundo a visão religiosa, traumas e abusos sexuais na infância seriam as causas para a prostituição e o travestismo, cuja "cura" implicaria intensa força de vontade, assim como acontece entre os viciados. Tanto entre católicos como entre pentecostais, encontramos líderes que fizeram referência a trabalhos sociais com "viciados sexuais" (MARIZ, 2016, p. 10).

O manejo seletivo de conceitos da psicologia e a distensão do termo dependência, nesse contexto, expõe o trânsito narrativo que povoa as vias da linguagem secular e transcendente, equipara "problemas com drogas" aos "problemas sexuais", patologiza práticas e identidades sexuais e forja a figura social dos "dependentes sexuais" ou "viciados sexuais". Sem ignorar o caráter provisório e contingente dos postulados científicos, expostos a revisões e críticas, inclusive acerca de eventuais (e consideráveis) doses de moralidade social que, por vezes, informam a classificação e a estruturação conceitual de doenças diversas, parece inevitável observar a extrapolação semântica da noção biomédica de doença, na qual a ideia de enfermidade é alargada para comportar uma perspectiva moral religiosa própria.

Nessa retórica, a dependência é a origem das carências sociais, capaz de espoliar a cidadania, roubar a identidade, o trabalho e os bens materiais. Relegado às margens da casa, do corpo saudável e da família, o indivíduo perderia o solo e se converteria em apátrida, sem pertencimento divino ou social.

Na lógica dos discursos carismáticos e pentecostais, o trabalho desenvolvido com as populações vulneráveis seria o pavimento para a justiça social e preencheria a ausência e omissão estatal. Por essas razões, a atuação religiosa com dependentes seria indispensável ao Estado. Ademais, ao confessarem um passado degradante, católicos não praticantes e pastores, explicam seu engajamento em "comunidades terapêuticas" que, munidas de métodos religiosos, estariam mais habilitadas a recuperar os usuários que o Estado, considerando as limitações dos profissionais de saúde, que "sozinhos não dão conta do problema" (MARIZ, 2016, p. 8).

Ao que tudo indica, esse seria um motivo pelo qual as CT mencionadas no relatório de inspeção do CFP (2011) admitiam tão somente a abstinência (e não a redução de danos) como terapêutica eficaz para tratar a dependência das drogas, estando esta atrelada à abstinência sexual. O sexo é percebido como vício ou, de forma mais branda, uma distração do tratamento, o que requer controle e interdição, justificadas a partir da saúde, da religião ou, de maneira mais genérica, da política da instituição, regida, coincidentemente, por religiosos. A despeito da abrangência dos interditos sexuais no curso da internação, tidos como parte substancial dos projetos terapêuticos, cabe ressaltar que, algumas vezes, a abstinência sexual prescrita, especificamente, para os casos de homossexualidade, aludida como doença/disfunção, configura "remédio de uso contínuo" sob pena de reaparecimento ou manifestação da doença.

Nesse carrossel semântico (no qual a homossexualidade é vício/doença sexual, causada por traumas/família desestruturada/abuso na infância) posto em giro nas CT, abre-se uma janela de oportunidade para inserir nesses centros a proposta terapêutica de "cura gay", uma vez que o indivíduo "doente" pode ser recuperado/regenerado/libertado por meio do tratamento "adequado" e obter a cura/receber a dádiva/alcançar a glória. A predisposição de algumas unidades de reabilitação de usuários de drogas em promover (de forma velada) o "reestabelecimento" da cisheteronormatividade foi constatada durante a inspeção nacional, realizada pelos Conselhos Federal de Psicologia (CFP) e suas 25 Regionais (CRP), em parceria com outras instituições de Estado, em 2011. Não por acaso identificaram na política e terapêutica de várias CT, dispositivos de imposição de credo e intensa regulação da sexualidade.

O documento revelou que no Lar Cristão Ala Feminina (Cuiabá-MT), a disciplina religiosa vigente concentrava esforços para recuperar lésbicas da homossexualidade, taxada como erro (CFP, 2011, p. 67). A oferta clandestina de

terapias reparativas foi checada pelo repórter Gustavo Uribe (2013), a quem uma das funcionárias declarou, por telefone, que a Clínica também prestava atendimento aos homossexuais não dependentes de substâncias entorpecentes, tratados por meio de "um trabalho de libertação" (URIBE, 2013). Na Associação Beneficente Metamorfose, situada em Goiás, havia três internos homossexuais que, segundo as diretrizes da instituição, deveriam ser "libertados" para que se tornassem heterossexuais. Em Sergipe, a Fazenda Esperança recebia "homossexuais que, por motivos pessoais, desejassem se internar para tentar deixar esta orientação sexual" (CFP, 2011, p. 170).

Importa sublinhar que identidades de gênero também constituem alvo do trabalho dos Centros de Recuperação, sendo rigorosamente reprimidas. Além da acentuada resistência desses estabelecimentos em receber pessoas transgêneros e travestis, quando aceitas, são submetidas aos imperativos de gênero tradicionais, sendo obrigadas a se "destravestir" e aderir aos códigos de vestimenta "congruentes à sua biologia" (VILLAR e SANTOS, 2018, p. 114).

A oferta da terapia de conversão, seja como parte do tratamento da dependência de substâncias, seja como serviço adicional prestado pelas clínicas/comunidades, ocorre de forma clandestina e velada. As vistorias e monitoramentos dos órgãos competentes, vitais para a garantia de direitos dos acolhidos e cobrança de alinhamento constitucional das entidades, nem sempre conseguem desmascarar todas as camuflagens e ardis que cobrem as minúcias dos abusos e desvios de finalidade. Conquanto, denúncias de maus tratos de pessoas LGBTI+, vividos no curso da internação, por vezes, alcançam a superfície através da imprensa.

Por meio da plataforma Universa (EIRAS, 2019), Eduardo, de 31 anos, compartilhou as experiências acumuladas com a passagem por três clínicas de reabilitação de usuários de drogas. Eduardo foi internado pela primeira vez em 2011, depois de buscar ajuda da família para superar a depressão e se desvencilhar da dependência de álcool e cocaína. Foi levado por familiares (pai e irmão) a um centro de atendimento, onde foi sedado e em seguida internado involuntariamente em uma Comunidade Terapêutica, no interior de São Paulo, que disponibilizava serviços de recuperação de homossexuais e dependentes químicos. Em lugar de consultas, cultos, com discursos homofóbicos e orações para afastar o "espírito de pomba-gira", entidade da religião afrobrasileira, considerada por parcela dos evangélicos como "coisa do demônio".

A exemplo da metodologia disciplinar, autorizada nas instituições escolares de outrora e que seguem ativas nas instituições prisionais, recorria-se ao "Chico Doce", um pedaço de pau – expressão que alude ao cassetete policial empregado para repressão de detentos insurgentes (MPCE, 200-?, p. 2) - através do qual as correções educativas eram aplicadas (castigos físicos/violência). Um "chá broxante" fazia parte da dieta institucional, para facilitar o controle da sexualidade, enquanto os monitores submetiam os internos à violência sexual, exigindo sexo por coação ou chantagem (EIRAS, 2019). Em sua passagem por tais instituições, Eduardo foi disciplinado por meio de punições aos seus "desvios" (estupros, espancamentos e ameaça de linchamentos, entre outros tratamentos degradantes) imputadas para ensiná-lo a controlar seus "vícios" e se "curar" de suas "enfermidades".

Muitas foram as tentativas, tanto por via judicial quanto legislativa, de derrubar os efeitos da Resolução 001/1999, do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe psicólogos de oferecerem ou participarem de serviços voltados ao tratamento da homossexualidade. Em setembro de 2017, psicólogos cristãos moveram uma ação popular para liberação da prática profissional de terapias de conversão e tiveram seu pedido parcialmente acolhido pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Mobilizando a ultrapassada categoria médica de egodistonia, o juiz federal Waldemar Cláudio de Carvalho determinou que a interpretação da Resoluçã 001/99 não obstruísse o atendimento de pessoas interessadas em se tratar por meio das terapias reparativas. De igual maneira, o juiz concedeu permissão ao desenvolvimento de estudos acerca desse tratamento, restando proibidas apenas a propaganda para "resguardar a dignidade dos assistidos" (CFP, 2017).

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha decidido pela validade da Resolução, em 2020, a controvérsia ao redor da legitimação do exercício das terapias reparativas demonstra que os atores políticos conservadores lutam por retirar da clandestinidade a prestação do serviço. As noções cientificamente superadas são capitaneadas para concorrerem, com vigor, para serem o próprio "conteúdo da democracia e da legalidade" (BURITY, 2018, p. 40).

2. Terapias de conversão e estupro "corretivo" no Equador

Muitas das normas penais impostas pelos europeus às suas colônias lograram transpor, intactas, a consagração da independência, constituindo-se

como elemento regulador dos/nos Estados nascentes. A tipificação penal da homossexualidade é um exemplo desse legado colonial, que seguiu vigente no Equador até 1997 (WILKINSON, 2013, p. 56). Apesar da descriminalização da sodomia ter sido consumada, a lógica da patologização das sexualidades não normativas continua presente nos valores e práticas sociais, materializadas na aplicação de terapias de conversão.

Um curto intervalo de tempo foi necessário para que o país estabelecesse novos marcos legais como a acolhida constitucional de dispositivos de proteção contra a discriminação da diversidade sexual (2008) e firmasse a despatologização com a interdição das práticas reparativas em 2012, por meio do Acordo Ministerial nº 0767, expedido por Carole Vance, então ministra da Saúde (ORELLANA, 2019, p. 65). Significa dizer que, além de ostentar o destaque de ser um dos poucos Estados do mundo a editar normas que vedam as terapias reparativas, o Equador ascendeu ao terceiro lugar da lista de países que celebraram a proteção à diversidade sexual em sua carta constitucional.

Nesse ínterim (1997–2008), uma série de denúncias de pessoas submetidas a tratamento "reparativo", de forma involuntária, em centros voltados à dependência química, que ofereciam serviços de "deshomossexualização", começou a sair a luz. O primeiro caso documentado pela ONG *Taller de Comunicación Mujer* (TCM) foi de Alina Cedeño, internada na Clínica Contalfa (Manabí), em 2000, aos 24 anos, após assumir-se lésbica para a família.

> Me hicieron poner tres días seguidos un vestido… Según los terapistas para analizar mi comportamiento… Durante esos tres días, tus compañeros se van a masturbar en tu nombre viéndote así… Los terapepistas le incitaron a un compañero a que me acose… Y me dijo: ´Yo puedo hacerte el amor, tú vas a saber lo que es una penetración… si tú estás conmigo, estoy seguro de que te van a gustar los hombres´… Y eso era tan asqueroso… yo lloraba… Fue horrible (SALAO, SALAZAR, FLORES, 2019, p. 27).

A TCM, ao longo dos últimos 20 anos, tem monitorado os casos e compilado os testemunhos de mulheres lésbicas que lograram se desvencilhar da detenção ilegal nos centros de "recuperação", para embasar denúncias. A publicação *Retratos de um Encierro* (TCM, 2017) descreve e analisa o relato de vítimas que, na faixa de 20 a 30 anos, foram expostas a esses crimes, no período de 2014 a 2016, posteriores, portanto, a edição das normas contrárias à discriminação das orientações sexuais e identidade de gênero.

A compilação publicada pela TCM (2017) traz a vocalização de mulheres lésbicas sobre os estupros sofridos como parte dos métodos que compõem o pacote institucional de tratamento de "cura gay", ofertado em uma embalagem discursiva estampada por noções flutuantes, advindas de campos de saber diversos. Nesse embrulho, as doenças espirituais e distúrbios psicológicos causam comportamentos anormais, tratáveis com procedimentos médicos (terapias e medicamentos) e "adequação" moral, mediante alinhamento religioso que "corrige" o erro pela reiteração da norma e "pune" as transgressões.

Transcrevo, para dar a dimensão, dois fragmentos da história de vida da mulher de Guayaquil, cujo processo de "reparação" foi iniciado durante sua infância, ainda em casa, onde sua mãe (evangélica) lhe aplicava injeções de hormônio feminino. A terapia foi continuada em na clínica, na qual a jovem foi internada aos 15 anos.

> *Yo me oponía con mucha fuerza física para no dejar que me volvieran a violar, por lo que me golpeaban continuamente, nos dejaban incluso sin comer... No era solo lo que te pasaba a ti, sino lo que le hacían a los otros. Por ejemplo, a la otra chica la violaban siempre y yo tenía que contemplarlo todo el tiempo, era muy denso. Al otro chico también le hacían cosas terribles, le ponían hielo en los genitales, le introducían cosas en el ano y le decían "¿eso es lo que te gusta? ¿eso es lo que quieres para el resto de tu vida?". Siempre había estos maltratos y vejaciones ... Mujer lesbiana de Guayaquil, 28 años* (TCM, 2017, p. 21).

> *Te trataban de marimacha, machona, anormal. Te gritaban. Nunca te llamaban por tu nombre. (...) Adentro seguí conversando con la chica de 35 años, se llamaba Mariela, ella llevaba más tiempo allí que yo, me dijo que ya la habían violado los enfermeros de esta misma institución y que había estado estudiando cómo lograr salir de ahí durante el tiempo que llevaba encerrada (...) Esa bodega tenía una salida, ella me dijo que sabía cómo salir y que si quería que no me violaran debía irme con ella. Mujer lesbiana, 25 años* (TCM, 2017, p. 33).

A notícia dos estupros "curativos" de Paola Concha Zirith, sequestrada e enclausurada, em um Centro de "Reabilitação" no subúrbio de Quito, aos 23 anos, elevou a temperatura do debate no país. A jovem foi submetida a confinamento sem comida e esteve algemada durante a "detenção terapêutica", que perdurou 18 meses e veio a público em 2008 (NUÑEZ e IBACACHE, 2018, p. 45; VENTAS, 2015; ANARTE, 2019).

A recorrência das violações "corretivas", sobretudo, mas não apenas, com mulheres lésbicas no seio desses estabelecimentos, chama atenção. Ademais, explicita a institucionalização da cultura do estupro voltada à homogeneização da sexualidade, ao emergir em espaços organizados por

categorias médicas, referidos como "Clínicas" que, a partir do "diagnóstico", prestam "atendimento de saúde" alicerçado em uma "abordagem terapêutica", voltado à promoção da "cura do doente/dependente". Além do fato de que a prática parece não encontrar óbice, mas justificativas nos preceitos religiosos que orientam as dinâmicas dessas entidades.

Referidos como "Centros de Tortura" e "Centros Nazi" (WILKINSON, 2013, p. 155), pela rigidez disciplinar e gravidade das "técnicas" adotadas, tais estabelecimentos agem com a cooperação e cumplicidade das famílias, que viabilizam o confinamento não voluntário, por meio de sequestros, com ou sem prévio emprego de sedativos, a despeito dos conhecidos métodos de violação de direitos humanos aplicados nesses espaços (SALAO, SALAZAR, FLORES, 2019, p. 3; TCM, 2017, p. 10). Na região da América Latina e Caribe, o Equador se destaca como o país de maior documentação de casos dessa natureza, produzidos pelas organizações da sociedade civil que têm fomentado o debate público e atuado no enfrentamento da problemática em âmbito nacional e internacional.

CONCLUSÃO

Debruçado sobre a temática das terapias reparativas, o trabalho procurou examinar alguns aspectos que envolvem a persistência da prática institucional de tais tratamentos de conversão em dois países da América do Sul, Brasil e Equador, nos quais a aplicação de tais métodos é estritamente proibida.

A análise dos discursos religiosos e sua instrumentalização para efetivar a "cura gay", operada através de manobras conceituais, deslizamento de categorias foi abordado no ponto destinado ao Brasil, enquanto o ponto seguinte, referente ao Equador, discutiu a relevância e insuficiência das alterações normativas para enfrentamento de problemas sociais complexos como a discriminação das sexualidades não hegemônicas.

Vinculadas a Igrejas e/ou geridas por religiosos cristãos, as Clínicas de reabilitação para dependentes de substâncias psicoativas são espaços que oportunizam o exercício clandestino das práticas de conversão da sexualidade, na medida em que a dependência química, abordada como um problema comportamental, um vício que pode ser sanado, serve de modelo para a proposta de tratamento que concebe a diversidade sexual como "vícios sexuais", uma enfermidade comportamental passível de cambio. A cura das "doenças" do corpo demandaria, nessa lógica, a libertação dos males da alma, condicionada à

conversão religiosa e adequação ao padrão de família cisheteronormativo reprodutivo. Os castigos e punições previstos no tratamento de tudo aquilo que se desvia desse standard, não observam limites, provocam prejuízos à saúde mental, atentam contra a integridade física, chegando a configurar tortura, em alguns casos. A disputa ao redor da Resolução 001/1999 do CFP, no Brasil, mostra que os valores que informam a democracia e embasam o projeto de nação estão em jogo.

Se a clandestinidade dessas práticas higienistas sinaliza, por um lado, o desvio da finalidade original de centros privados para adictos, os quais atuam com aval da administração pública, por outro, revela que a existência continuada da dinâmica resiste ativa pela tímida fiscalização e repressão do Estado, cujo descompromisso político com a efetivação de princípios constitucionais e normas legais de proteção a determinadas populações resta patente. Desativar essa engenharia terapêutica, que permanece viva por força da iniciativa combinada de agentes sociais diversos, não obstante a carência de lastro científico e legal, exige empenho para envolver a sociedade em geral na confrontação de procedimentos degradantes de caráter discriminatório, com base na sensibilização, regulação e responsabilização de instituições como família e igrejas, espaços centrais de ocorrência de violências dessa natureza.

REFEFÊNCIAS

ANARTE, Enrique. "Clínicas de deshomosexualización", el terror impune de Ecuador. DW (on-line), 18 jun. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/es/cl%C3%ADnicas-de-deshomosexualizaci%C3%B3n-el-terror-impune-de-ecuador/a-49236842-0 > Acesso em: 22 set. 2020.

BITTENCOURT, Ligia. *Escravos de Deus: algumas considerações sobre toxicomania e religião evangélica.* IN: BATISTA; Marcos; CRUZ, Marcelo; MATIAS, Regina. Drogas e pós-modernidade: Faces de um tema proscrito. Ed. UERJ. vol.2, Rio de Janeiro, 2013.

BURITY, Joanildo. *A onda comnservadora na política brasileira traz o fundamentalismo ao poder?* In: ALMEIDA, Ronaldo; TONIOL, Rodrigo. Conservadorismos, fascimos e fundamentalismos: análises conjunturais. Ed. Unicamp, São Paulo, 2018.

Conselho Federal de Psicologia. *Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos*: locais de internação para usuários de drogas. Brasília, 2011.

Conselho Federal de Psicologia. *CFP vai recorrer da sentença sobre Resolução 01/99*. CFP on-line, 2017. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/cfp-vai-recorrer-da-sentenca-sobre-resolucao-01-99/> Acesso em: 22 set. 2020.

DIAS, Surenã. *Ordem dos psicólogos da Albânia proíbe terapia de "cura gay" no país*. Observatoriog UOL. 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/ordem-dos-psicologos-da-albania-proibe-terapia-de-cura-gay-no-pais> Acesso em: 25 de mai. 2020.

EIRAS, Natalia. *Internado por vício passei pela Cura Gay e fui estuprado por internos*. Universa (on-line), UOL, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/01/11/internado-por-vicio-passei-pela-cura-gay-e-fui-estuprado-por-internos.htm> Acesso em: 22 jan. 2020

FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I*: A vontade de saber. Ed. Graal, Rio de Janeiro, 1988.

MACEDO, Cleber Michel Ribeiro de; SIVORI, Horacio Federico. *Repatologizando a homossexualidade*: *a perspectiva de "psicólogos cristãos" brasileiros no século XXI*. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro , v. 18, nº especial, p. 1415-1436, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812018000400020&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 fev. 2020

MARIZ, Cecília Loreto. *Ação Social de Pentecostais e da Renovação Carismática Católica no Brasil*. O discurso de seus líderes. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, vol. 31, n° 92, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *Termos e Gírias Utilizados por Detentos*. CAOCRIM: grupo gestor de Unidades (200-?). Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/legislacao/grupogestordeunidades/girias_detentos.pdf >Acesso em: 2 maio 2020.

NATIVIDADE, Marcelo. *Homossexualidade, Gênero e Cura em Perspectivas Pastorais Evangélicas*. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, vol. 21 nº. 61, 2006.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro. *"Nós Acolhemos os Homossexuais"*: Homofobia Pastoral e Regulação da Sexualidade. TOMO, São Cristóvão, nº 14(1), 2009.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro. *Sexualidades ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores*. Rev. Latino-Americana de Sexualidad, Salud y Sociedad, n. 2, Rio de Janeiro, 2009.

NUÑEZ, Carmen García; IBACACHE, Simone Tapia. *Violaciones Correctivas: crímenes de poder, ódio y lesbofobia*. Rev. Al Sur de Todo, nº12, Santiago de Chile, 2018.

ORELLANA, Pedro Felipe Rivadeneira. *Los Centros de "Deshomosexualización" en el Ecuador:* Análisis Jurídico de la Responsabilidad Estatal. Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe. Universidad Nacional de San Martín. Argentina, Buenos Aires, 2019.

RIBEIRO, Fernanda Mendes; MINAYO, Maria Cecília. *As Comunidades Terapêuticas religiosas na recuperação de dependentes de drogas: o caso de Manguinhos*. Interface, vol.19, n.54, Rio de Janeiro, 2015.

SALAO, Cayetana; SALAZAR, David; FLORES, Ricardo. *Terapias de deshomossexualización em Ecuador*. El patrón de impunidad por motivos de orientación sexual y identidad de gênero. Taller de Comunicación Mujer, Quito, 2019.

TARGINO, Janine. Estudo de Caso sobre Comunidades Terapêuticas Religiosas. Rev. Ciencias Sociales y Religión, Porto Alegre, ano 19, n. 26, 2017.

Taller de Comunicación Mujer. *Retratos del Encierro*. Sobrevivientes de las clínicas de deshomosexualización. Quito, 2017.

URIBE, Gustavo. Clínicas prometem tratamento de 'cura gay'. O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/clinicas-prometem-tratamento-de-cura-gay-9113264> Acesso em: 10 dez. 2019.

VENTAS, Leire. *No Peru, lésbicas sofrem com estupros 'corretivos'*. BBC Mundo on-line, 23 ago 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150821_violencia_lesbicas_peru_rb> Acesso em: 01 ago. 2016.

VILLAR, Nayara; SANTOS, Maria Paula. *Sexualidade e Relações de Gênero nas Comunidades Terapêuticas: Notas a Partir de Dados Empíricos*. IN: SANTOS, Maria Paula. Comunidades Terapêuticas: Temas para reflexão. IPEA, Brasília, 2018.

WILKINSON, Annie Kathryn. *"Sin santidad, no hay Santidad": las práticas reparativas en Ecuador*. Ed. FLASCO: Quito, 2013.

MULHERES EVANGÉLICAS E DESIGUALDADE DE GÊNERO: o reconhecimento de um problema público no Brasil e na Alemanha

Karen de Sales Colen
Universidade Federal Fluminense
Niterói, Brasil
karencolen@id.uff.br

Resumo: O objetivo do trabalho é o de analisar como ocorrem as reivindicações por igualdade de gênero por parte de mulheres evangélicas brasileiras e alemãs, tendo em vista que a população dos dois países representados é majoritariamente cristã. Para tanto, serão considerados o coletivo brasileiro "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" e a associação eclesiástica alemã "Mulheres Evangélicas na Alemanha" (*Evangelischen Frauen in Deutschland e.V*). Nesse sentido, os aspectos metodológicos da investigação partem da consulta dos sítios eletrônicos dos respectivos grupos para examinar as ações e atividades empreendidas de acordo com o recorte do trabalho, bem como da revisão bibliográfica sociojurídica para discutir sobre a desigualdade de gênero como "problema público", a formação de contra discursos nesse enfrentamento e a respeito das dinâmicas de problematização e publicização desenvolvidas como resultado do que esses grupos de mulheres evangélicas fazem e mobilizam na arena pública. O primeiro item apresenta o coletivo "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" e a associação "Mulheres Evangélicas na Alemanha" e analisa as suas ações em defesa da equidade de gênero. Já o segundo item parte da perspectiva da desigualdade de gênero como um "problema público", por meio dos autores Daniel Cefaï, Pierre Lascoumes e Patrick Le Galès, e analisa a questão por intermédio das dimensões da justiça propostas por Nancy Fraser — reconhecimento, redistribuição e representação. Como resultado, aponta-se que a participação e representação das mulheres evangélicas que lutam pela consolidação, defesa e ampliação da equidade de gênero são fundamentais para a construção de uma sociedade justa e o fortalecimento da democracia.

Palavras-chave: Mulheres evangélicas; Desigualdade de gênero; Problema público; Brasil; Alemanha.

Abstract: The aim of the work is to analyze how the demands for gender equality on the part of Brazilian and German evangelical women occur, bearing in mind that the population of the two countries represented is mostly Christian. For this purpose, the Brazilian collective "Evangelicals for Gender Equality" and the German ecclesiastical association "Evangelical Women in Germany" (Evangelischen Frauen in Deutschland e.V) will be considered. In this sense, the

methodological aspects of the research are based on the consultation of the websites of the respective groups to examine the actions and activities undertaken in accordance with the work cutout, as well as the socio-juridical bibliographic review to discuss gender inequality as a "public problem," the formation of counter-discourses in this confrontation, and on the dynamics of problematization and publication developed as a result of what these groups of evangelical women do and mobilize in the public arena. The first item presents the collective "Evangelicals for Gender Equality" and the association "Evangelical Women in Germany" and analyzes their actions in defense of gender equity. The second item starts from the perspective of gender inequality as a "public problem", through the authors Daniel Cefaï, Pierre Lascoumes and Patrick Le Galès, and analyzes the issue through the dimensions of justice proposed by Nancy Fraser — recognition, redistribution and representation. As a result, it is pointed out that the participation and representation of evangelical women who fight for the consolidation, defense, and expansion of gender equity are fundamental for the construction of a just society and the strengthening of democracy.

Key-Words: Evangelical women; Gender Inequality; Public problem; Brazil; Germany.

INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero é perseguida por mulheres evangélicas, seja para o âmbito dos espaços religiosos seja para os demais setores da sociedade. Essa é a temática de luta do coletivo brasileiro "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" (EIG) e da associação eclesiástica alemã "Mulheres Evangélicas na Alemanha" [1] (EFiD). Ambos os países são majoritariamente cristãos, embora na Alemanha, diferentemente do Brasil, haja uma evidente separação entre igreja e Estado, em um regime de liberdade e cooperação (SINNER, 2014). Dados informam que, no Brasil, 8,0% das pessoas se declaram sem religião, 64,6% se apresentam como católicos e 22,2%, como evangélicos (IBGE, 2010). E, na Alemanha, enquanto 33,06% se declaram não pertencentes a nenhuma comunidade religiosa (*Religionsgemeinschaften*), 30,15% das pessoas se declaram católicas e 29,23%, evangélicas (SINNER, 2014).

[1] Tradução livre. No original, em alemão: *Evangelischen Frauen in Deutschland e.V* (EFiD). O seu sítio eletrônico pode ser consultado em: <https://www.evangelischefrauen-deutschland.de/>. Acesso em: 11 jan. 2021.

Nesse sentido, o objetivo do trabalho é analisar como ocorrem as reivindicações por igualdade de gênero por parte desses dois grupos — EIG e EFiD — e como elas são operacionalizadas em seus contextos nacionais. Para tanto, os aspectos metodológicos da investigação partem da tradução livre do idioma alemão para o português, já que os sítios eletrônicos dos dois grupos serão consultados para examinar as ações e atividades empreendidas de acordo com o recorte do trabalho. Além disso, estão baseados na consulta bibliográfica sociojurídica para discutir sobre a desigualdade de gênero como "problema público", a formação de contra discursos nesse enfrentamento e a respeito das dinâmicas de problematização e publicização desenvolvidas como resultado do que esses grupos de mulheres evangélicas fazem e mobilizam na arena pública. Portanto, parte-se da perspectiva da desigualdade de gênero como um "problema público", por meio dos autores Daniel Cefaï, Pierre Lascoumes e Patrick Le Galès, que é analisado por intermédio das dimensões da justiça propostas por Nancy Fraser.

1. MULHERES EVANGÉLICAS E DISCUSSÃO DE GÊNERO

A igualdade de gênero é um tema perseguido por algumas mulheres evangélicas, tanto no Brasil, quanto na Alemanha. Vejam-se, por exemplo, os grupos "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" (EIG) e "Mulheres Evangélicas na Alemanha" (EFiD), que questionam as esferas de dominação e opressão as quais as mulheres estão submetidas, bem como a sua exclusão de determinados espaços e discussões. As suas atuações se estendem para além dos muros das igrejas, havendo engajamento social e político com as demandas locais de acordo com os contextos vivenciados.

O projeto "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" foi criado em meio ao II Fórum Pentecostal Latino-americano e Caribenho (FPLC), que ocorreu entre os dias 27 e 29 de maio de 2015, em São Paulo. Na ocasião, estiveram presentes mulheres e homens de diferentes igrejas pentecostais [2] brasileiras, dentre líderes religiosos e pesquisadoras e pesquisadores acadêmicos, dispostos a discutirem sobre a unificação das igrejas pentecostais e o diálogo ecumênico.

[2] Pentecostal, assim como neopentecostal, é uma classificação do segmento evangélico. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, houve um crescimento dos evangélicos de origem pentecostal, passando de 10,4%, no ano 2000, para 13,3%, no ano de 2010 (IBGE, 2010).

Desse encontro, resultaram a "Declaração do Ipiranga" [3] — um documento apontando alguns desafios institucionais, sociais e teológicos à união dos pentecostais no Brasil — e o livro intitulado "Pentecostalismos e unidade" (2015), fruto das comunicações apresentadas no Fórum (VILHENA, 2015, p. 7-14).

Concomitantemente ao FPLC, realizou-se um fórum com mulheres pentecostais, o qual deu origem ao projeto "Evangélicas pela Igualdade de Gênero". Fundado por Valéria Cristina Vilhena e outras mulheres pentecostais presentes em ambos os fóruns, a EIG[4] teve como objetivo a discussão de gênero a partir das "raízes culturais-religiosas", tendo como eixo de debate as violências praticadas contra as mulheres no âmbito doméstico, religioso e profissional. Nesse sentido, para os espaços institucionais das igrejas pentecostais e neopentecostais, o intuito seria o de lutar em prol de "voz e participação mais justa e igualitária" (VILHENA, 2015, p. 7-8) em favor das mulheres. A divulgação da EIG como projeto foi publicada no livro "Evangélicas por sua voz e participação: gênero em discussão" (VILHENA, 2015).

Também foram criadas páginas virtuais como blog[5] e como redes sociais no *Facebook*[6] e no *Instagram*[7]para divulgar que a EIG é um coletivo de mulheres "ativistas digitais feministas e evangélicas" que se "articulam nas redes e nas ruas". Embora se apresentem enquanto feministas, como se pode constatar nas páginas mencionadas e em entrevistas e artigos publicados em portais eletrônicos

[3] O documento foi denominado como "Declaração do Ipiranga", pois o Fórum ocorreu em Ipiranga, São Paulo. Dentre os desafios elencados na Declaração podem-se mencionar, a título de exemplo: "refletir sobre questões de nosso tempo, como a de gênero e os aspectos étnico-raciais" (desafio institucional), "incentivar a produção e publicação teológica latino-americana" (desafio teológico), e "criar possibilidades de diálogo com movimentos sociais nas questões de gênero, juventude, pobreza, violência, política, corrupção, saúde pública, etc." (desafio social) (VILHENA, 2015, p. 145-147).

[4] Em sua página na rede social *Facebook*, a sigla "EIG" é referenciada no feminino ─ a EIG.

[5] O sítio eletrônico pode ser consultado em: https://mulhereseig.wordpress.com/> Acesso em: 11 jan. 2021.

[6] No *Facebook*, a página pode ser encontrada em: < https://www.facebook.com/mulhereseig/>. Acesso em: 11 jan. 2021. A página possui 6.165 seguidoras e seguidores.

[7] No *Instagram*, a página pode ser encontrada em: <https://www.instagram.com/mulhereseig/>. Acesso em: 11 jan. 2021. A página possui 1.790 seguidoras e seguidores.

[8], a EIG tem uma preocupação inicial em explicar o que significa a palavra gênero. A título de exemplo, em sua participação como palestrante no Seminário Internacional "Religião, gênero e sexualidade: ativismos contemporâneos", realizado no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, da Unicamp, em 2018, Valéria Vilhena utilizou o recurso de apresentação de *slides* para divulgar o projeto e coletivo EIG. Nesse material de sessenta páginas, repassado por *e-mail* à autora do presente artigo, continha a seguinte nota de esclarecimento em sua segunda página:

> A EIG – EVANGÉLICAS PELA IGUALDADE DE GÊNERO – NÃO RECONHECE A NARRATIVA ***"IDEOLOGIA DE GÊNERO",*** PORQUE ELA REPRESENTA A IDEOLOGIA DA DESIGUALDADE, INTOLERÂNCIA E DESRESPEITO. ESSA NARRATIVA FOI CRIADA NO INTERIOR DA IGREJA CATÓLICA E DO MOVIMENTO INTERNACIONAL PRÓ-VIDA-FAMÍLIA E ACOLHIDA PELA BANCADA EVANGÉLICA (ALIADA A DO BOI E DA BALA), NAS QUAIS BOA PARTE DOS EVANGÉLICOS SENTEM-SE REPRESENTANTADOS OU SÃO, PELA DIDÁTICA DO PÂNICO SOCIAL, A ELA INDUZIDA. A IDEOLOGIA DE GÊNERO É DISTINTA DOS ***ESTUDOS DE GÊNERO***. TAL IDEOLOGIA DA DESIGUALDADE VISA OPOR-SE AOS DIREITOS DAS MULHERES E DAS POPULAÇÕES LGBTS, REPRODUZINDO E REFORÇANDO A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. (EVANGÉLICAS PELA IGUALDADE DE GÊNERO, 2018, grifos e letras maiúsculas da autora).

A "ideologia de gênero" é utilizada como estratégia discursiva e a sua formulação é associada à católica "pró-vida" Dale O'Leary que lançou, em 1997, o livro "A Agenda de Gênero: Redefinindo a Igualdade"[9], após estar presente nas Conferências da Organização das Nações Unidas (ONU) realizadas no Cairo (1994) e em Pequim (1995). As suas ideias sobre "feminismo de gênero" (O'LEARY, 1997) e as suas ligações com o marxismo[10] foram disseminadas

---

[8] Um exemplo dessas entrevistas, concedida por Valéria Vilhena, pode ser acessada em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/06/quando-a-igreja-nao-discute-genero-ela-nega-direitos-humanos-diz-evangelica-feminista.htm#:~:text=Cotidiano-,%22Quando%20a%20igreja%20n%C3%A3o%20discute%20g%C3%AAnero%2C%20ela%20nega,direitos%20humanos%22%2C%20diz%20evang%C3%A9lica%20feminista&text=De%20ber%C3%A7o%20evang%C3%A9lico%20pentecostal%2C%20Val%C3%A9ria,se%20comportar%20impostos%20pela%20igreja>. Acesso em: 12 jan. 2021.

[9] Tradução livre. No original, em inglês: *The Gender Agenda: Redefining Equality*.

[10] De acordo com Machado (2018, p. 3), a relação que se faz entre "ideologia de gênero" e marxismo é uma tentativa de seus formuladores de articular "ideias sexistas com as

entre sacerdotes e teólogas e teólogos da América Latina e da Europa, tendo sido introduzidas em documentos da hierarquia católica (MACHADO, 2018, p. 2-4), a exemplo da "A ideologia de gênero. Seus perigos e alcances" [11], fruto da Comissão Episcopal do Apostolado Laical e da Conferência Episcopal Peruana (ACIPRENSA, 1998), e da "Carta aos Bispos da Igreja Católica sobre a Colaboração do Homem e da Mulher na Igreja e no Mundo", escrita pelo cardeal Joseph Card. Ratzinger (VATICANO, 2004).

Nesse sentido, de acordo com Machado (2018), a construção do discurso cristão sobre a "ideologia de gênero" foi formulada por intelectuais católicos, na década de 1990, como forma de manifestação contrária às propostas feministas que inseriram a categoria "gênero" nos documentos oficiais das conferências da ONU realizadas naquela época. E mesmo sendo uma das principais "estratégias retóricas" do movimento identificado como "pró-família" (VAGGIONE, 2020, p. 55), a EIG carrega esse termo em sua denominação como uma contra partida discursiva (FRASER, 1997) para mostrar que gênero é uma construção social. Assim, considerando a relação entre violência de gênero e religião cristã (GEBARA, 2000), as atividades desenvolvidas são destinadas às mulheres evangélicas — pentecostais, neopentecostais, protestantes e dos demais segmentos evangélicos. Desse modo, como proposta desde a fundação da EIG, as atividades têm como pano de fundo lutar contra as diferentes formas de violências vivenciadas, principalmente, por essas mulheres evangélicas.

Um exemplo recente foi o lançamento, em setembro de 2020, da cartilha[12] fruto do curso de "escuta ativa e empática" da campanha denominada como "Mulher, vai tudo bem contigo?". Realizado em parceria com "KOINONIA Presença Ecumênica e Serviço", o objetivo do curso, executado entre julho e agosto de 2020, foi o de formar mulheres para o acolhimento, a empatia e a escuta ativa de "irmãs das igrejas" que vivem em situação de violência, a partir de uma postura de "amor e sem julgamento" (LISBOA; MELLO, 2019, p. 4; 6). A cartilha de vinte e sete páginas compilou os

---

perspectivas políticas de combate ao socialismo — o que no Brasil tem permitido a ação conjunta com o Movimento Escola Sem Partido". Sobre esse Movimento que é contra o debate de gênero nas escolas, confira: https://www.escolasempartido.org/ Acesso em: 12 jan. 2021.

[11] Tradução livre. No original, em espanhol: *La Ideología de Género. Sus peligros y Alcance*.

[12] A cartilha, disponibilizada de forma gratuita, pode ser adquirida em: <https://kn.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Escuta-Ativa-EIG-Koinonia.pdf> Acesso em: 11 jan. 2021.

ensinamentos do curso, que teve como referência não só versículos bíblicos e autoras da teologia, mas também fez menção a outras áreas do conhecimento, incluindo citações de autoras "feministas seculares" (FRASER, 2007[2005]) como Kate Millet (1969) para a explicação da palavra patriarcado.

Além dessa parte mais conceitual que explica, inclusive, o que se propõe sobre acolhimento, empatia e escuta ativa, uma seção foi destinada ao entendimento de como e para onde encaminhar mulheres em situação de violência doméstica. Há a indicação do endereço eletrônico da campanha[13] que contém não só os *cards*[14] e os vídeos utilizados, mas também uma lista de serviços e redes estaduais de enfrentamento à violência. Nesse sítio eletrônico é possível enviar mensagens por *chat*[15] para dirimir eventuais dúvidas e, ao que tudo indica, também seria uma das ferramentas para a prática do acolhimento das mulheres evangélicas.

Esse amparo ao público feminino evangélico não é ao acaso. Ivone Gebara (2000, p. 125) afirmou que "a violência contra a mulher está relacionada com o discurso da religião cristã, visto que esta expressão religiosa tem apoiado a subordinação da mulher a partir das doutrinas que legitimam e sacralizam o sacrifício e o sofrimento". Nesse sentido, as mulheres religiosas, assim como as sem religião, podem estar submetidas às mesmas formas de dominação e opressão tão somente por serem mulheres. E, não se pode olvidar que a desigualdade de gênero está sendo transformada de relações de domínio e sujeição em mecanismos estruturais mais impessoais, de modo que há a reprodução da subordinação, ainda que as mulheres não estejam sob o domínio de um homem determinado (FRASER, 1997, p. 318). Portanto, ainda que o termo "patriarcado" seja utilizado na cartilha e guarde relação de sentido com os espaços religiosos que tenham liderança majoritariamente masculina, seria preciso ampliar a compreensão para a hierarquização das diferenças de gênero em diferentes estruturas sociais que, inclusive, podem gerar restrições institucionalizadas como a dificuldade no acesso aos cargos de liderança nas

[13] A campanha "Mulher, vai tudo bem contigo?" pode ser acessada em: <https://campanhaeigkoinonia.wixsite.com/servicos-mulher>. Acesso em: 11 jan. 2021.
[14] *Cards* são cartões que contém informações resumidas, interativas e de fácil compreensão sobre determinado assunto. Geralmente, são apresentados em formato retangular.
[15] *Chat* é uma sala de bate-papo virtual em que uma ou mais pessoas podem interagir em tempo real.

igrejas e a representação política institucional (FRASER, 2009[2005]), por exemplo.

Portanto, pode-se observar que a atuação da EIG para a conquista da igualdade de gênero na sociedade brasileira está associada ao enfrentamento à violência contra a mulher. Ao que tudo indica, essa temática não só parte das experiências das mulheres em suas vivências nas igrejas e na sociedade de forma geral, mas também é uma decorrência da pesquisa de mestrado de sua fundadora — "Pela Voz das Mulheres: uma análise da violência doméstica entre mulheres evangélicas atendidas no Núcleo de Defesa e Convivência da Mulher – Casa Sofia". Valéria Vilhena realizou uma investigação sociológica sobre as representações religiosas de gênero e a sua relação com a violência doméstica, tendo em vista que o campo escolhido para a pesquisa, a Casa Sofia, localizada em São Paulo, atendia um grande número de mulheres evangélicas em situação de violência doméstica e familiar. Ao fim da pesquisa, constatou-se que de todas as mulheres atendidas, cerca de 40% se declaravam como evangélicas (VILHENA, 2009).

As situações de violência enfrentadas pelas mulheres no cenário brasileiro são alarmantes, tendo sido agravada, inclusive, no contexto de isolamento social em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). O levantamento "Monitor da Violência" realizado em parceria do G1 Globo com o Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade Estadual de São Paulo (USP), e com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelou que o Brasil teve 1.890 homicídios dolosos[16] de mulheres no primeiro semestre de 2020, dentre os quais 631 foram feminicídios[17], números mais altos em relação ao mesmo período de 2019. Os dados do estudo também apontaram uma suposta diminuição nos casos de lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica e familiar — 11% menor se comparado ao mesmo período de 2019 —, mas de acordo com Ana Paula Portella, socióloga e uma das profissionais especializadas no enfrentamento à violência consultada pelo G1, os baixos índices registrados tendem a apontar a subnotificação de crimes não letais, pois dependem da iniciativa de notificação e registro por parte da vítima. Assim, em razão da

[16] O crime doloso, previsto no artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), é o que ocorre quando a pessoa quis ou assumiu o risco de produzir o seu resultado.
[17] Previsto no artigo 121, § 2°, VI e VII, do Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), o feminicídio é um crime praticado contra a mulher "por razões da condição do sexo feminino".

vulnerabilidade, as mulheres em situação de violência podem deixar de realizar o registro de ocorrência (VELASCO et al., 2020).

As situações de violência contra a mulher, especialmente, as de violência doméstica também cresceram em alguns países da Europa como Espanha, Itália, Rússia (CNN, 2020) e Alemanha (DF, 2020) devido ao cenário de isolamento social da pandemia do novo coronavírus. E será que esse é um dos assuntos enfrentados pelas "Mulheres Evangélicas na Alemanha", cujo continente possui o "Instituto Europeu para a Igualdade de Gênero" [18]? Existem outras agendas para a superação da desigualdade de gênero no país?

O grupo "Mulheres Evangélicas na Alemanha" (EFiD) foi fundado em 2008, está sediado em *Hanover* e é uma associação eclesiástica "guarda-chuva" que reúne outras quarenta organizações que somam cerca de três milhões de membros. Como uma organização de mulheres, o foco não está somente no âmbito da igreja protestante, mas também nos demais setores da sociedade e da política, com a participação em trabalhos regionais, internacionais, inter-religiosos e interculturais que promovam a dignidade humana das mulheres. Sendo assim, presidida por duas mulheres — Susanne Kahl-Passoth e Angelika Weigt-Blätgen — possui um trabalho em rede, representando suas posições na "Igreja Evangélica na Alemanha" [19] (EKD) e no "Conselho Alemão de Mulheres" [20] (DF), por exemplo (EFiD, 2020).

No ano de 2018, a EFiD apoiou a iniciativa da "Igreja Evangélica na Alemanha" (EKD) em disponibilizar 1,3 milhões de euros para combater a violência sexual na igreja, elaborando um catálogo com as demandas sobre esse tipo de violência, que inclui o enfrentamento ao preconceito em razão da orientação sexual e da identidade de gênero[21] (EFiD, 2018). Vale ressaltar que a "Igreja Evangélica na Alemanha", fundada na década de 1940 após a Segunda

[18] Tradução livre. No original, em inglês: *European Institute for Gender Equality*. O Instituto pode ser consultado em: <https://eige.europa.eu/>. Acesso em: 13 jan. 2021.
[19] Tradução livre. No original, em alemão: *Evangelische Kirche in Deutschland* (EKD). Para saber mais sobre quem são os membros e quais são as atividades desenvolvidas pela EKD, confira: <https://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/EKD_Faltblatt_DE_2020.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.
[20] Tradução livre. No original, em alemão: *Der Deutsche Frauenrat* (DF). Para conhecer o Conselho, confira: <https://www.frauenrat.de/>. Acesso em: 13 jan. 2021.
[21] O documento de apoio das "Mulheres Evangélicas na Alemanha" em apoio a iniciativa da "Igreja Evangélica na Alemanha" menciona que são "violações de autodeterminação sexual" (*Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung*). O catálogo específico com essas demandas a serem enfrentadas não foi localizado.

Guerra Mundial, somente foi considerada como Igreja no ano de 2020. É uma comunidade que possui como membras as Igrejas Luterana, Reformada e Uniata[22] (EKD, 2020).

Além disso, a EFiD (2016) e a EKD (2019) também se opõem as correntes e aos partidos populistas de direita que disseminam atitudes misantrópicas. Nesse sentido, chamam a atenção de toda a igreja para revisar os seus posicionamentos e defender os direitos humanos de todas as pessoas, incluindo refugiadas e imigrantes, com vistas à promoção de discursos que combatam o racismo, o sexismo, as ações anti-minorias e étnico-nacionalistas, bem como todo e qualquer tipo de exclusão. Para tanto, defendem a democracia e o Estado de Direito para que haja respeito aos Poderes instituídos, a defesa e a promoção da igualdade de gênero e a garantia dos direitos conquistados para todas e todos os cidadãos. Na visão de Biroli (2020, p. 136-138), as campanhas anti-gênero contribuem para a erosão e "desconsolidação" das democracias na medida em que comprometem "a pluralidade, a laicidade, a proteção a minorias, o direito à livre expressão e à oposição", além de servirem para legitimar o autoritarismo em cenários de "antipolítica". A restrição às liberdades civis é um exemplo de "desdemocratização" [23], estando em risco não só as bases da agenda da igualdade de gênero, mas também os fundamentos da democracia e do Estado de direito.

Nesse sentido, em relação ao fortalecimento da democracia, destaca-se o "Conselho Alemão de Mulheres" (DF), uma organização não governamental central que reúne cerca de sessenta organizações femininas alemãs em defesa da igualdade de gênero na Alemanha, na União Europeia e nas Nações Unidas. Fundado em 1894 como uma associação, já que as mulheres à época não podiam ingressar no cenário político institucional, tinha como objetivo promover a profissionalização do trabalho social e a educação feminina. Atualmente, a

[22] Uniata é a Igreja Católica de rito oriental, a exemplo da Igreja greco-católica ucraniana. A Igreja Católica é constituída por 24 Igrejas autônomas chamadas de "sui iuris": 1 igreja de rito latino e 23 igrejas de rito oriental. No Brasil, por exemplo, existem 9 igrejas de diversos ritos orientais. Para saber mais sobre assunto, confira: RODRIGUES, Arnaldo. Igreja Católica: sempre "Una". Cidade do Vaticano, Vatican News, 02 set. 2019. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2019-10/igreja-catolica-sempre-una.html>. Acesso: 13 jan. 2021.

[23] Para saber mais sobre o fenômeno da "desdemocratização", confira BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sobre desdemocratização: debate teórico, dimensões analíticas e referenciais empíricos. *Paper* apresentado no GT "Democracia e Desigualdades" do 42º Encontro Anual da Anpocs, Caxambu, 2018.

organização atua em nível internacional, sendo uma das fundadoras e membras ativas do "Lobby Europeu de Mulheres" [24]. Desde o ano de 2001, tem seu escritório sediado em Berlim, representando os interesses políticos das mulheres de associações empresariais, profissionais, sociais, sindicais, culturais, midiáticas, de esportes, de negócios, de partidos e de igrejas (DF, 2020).

A paridade na representação política é uma das pautas mais proeminentes na busca pela igualdade de gênero por parte das "Mulheres Evangélicas na Alemanha" (EFiD) em conjunto com a "Igreja Evangélica na Alemanha" e, principalmente, com o "Conselho Alemão de Mulheres". Em um comunicado à imprensa divulgado em janeiro de 2019, a EFiD informou que apesar do sufrágio feminino ter sido introduzido em solo alemão em 1918 e mais de 82% das mulheres terem votado na Assembleia Nacional de 1919, um século depois elas ainda seriam discriminadas em razão de seu gênero. A conquista pelo voto não se traduziu na ocupação e representação de mulheres no Parlamento Federal Alemão — o *Deutscher Bundestag*. Eis o caráter do comunicado, reforçando o compromisso político no apoio e na defesa da justiça de gênero (EFiD, 2019).

No âmbito da "Igreja Evangélica na Alemanha" (EKD), há um "Centro de Estudos para Questões de Gênero" (SFG) [25] que se dedica a analisar a pesquisa científica nas áreas de teologia, ciências sociais e estudos de gênero com o intuito de investigar como a igreja pode se beneficiar diante dos resultados obtidos das pesquisas desses campos acadêmicos. O Centro foi inaugurado em abril de 2014 e substituiu o "Centro de Estudos e Educação Femininos" [26] fundado em *Gelnhausen*, em 1994. De acordo com a presidente do sínodo EKD e ex-Ministra Federal, Irmgard Schwaetzer, a busca pela paridade na nomeação de cargos ministeriais no governo alemão também deve ser uma ação desenvolvida para dentro dos espaços religiosos. Contudo, Schwaetzer reconheceu que "velhos modelos" são eficazes, como a ocupação dos espaços religiosos majoritariamente por homens, porque a figura feminina ainda é vista como a responsável pelo cuidado do lar, de modo que para uma mulher se candidatar a um cargo eclesiástico, seria considerada em sua avaliação a possibilidade de conciliação do cargo com a responsabilidade familiar — o que não seria apreciado para um candidato do sexo masculino. Em todo caso, afirmou que

[24] Tradução livre. No original, em inglês: *European Women's Lobby* (EWL).
[25] Tradução livre. No original, em alemão: *Studienzentrum der EKD für Genderfragen (SFG)*.
[26] Tradução livre. No original, em alemão: *Frauenstudien- und Bildungszentrum* (FSBZ).

essa questão deve ser analisada de forma individual, pois somente no sínodo EKD é que se tem uma realidade mais próxima da paridade, com uma participação feminina de 47,8% (EKD, 2104; 2019; SFG, 2019).

A temática da igualdade de tratamento entre mulheres e homens ensejou, na esfera do "Conselho Alemão de Mulheres" (DF), a criação da comissão especializada "Paridade nos Parlamentos e na Política" [27] para realizar uma reforma eleitoral que assegure a igualdade de representação nos parlamentos. Com foco nas eleições de 2021 e com vistas ao aumento do número de mulheres no *Bundestag*, não só é necessária a devida regulamentação em âmbito federal, mas também a promoção do acesso equitativo de gênero aos cargos políticos eleitorais em nível regional (DF, 2020). Ademais, o DF (2020) emitiu seu posicionamento em relação a estratégia da União Europeia para o alcance da igualdade de gênero no período de 2020-2025, requerendo que todas as negociações considerem o princípio do "orçamento de gênero", uma forma de institucionalizar a perspectiva de gênero no planejamento e na elaboração orçamentária em níveis de intervenção local e nacional (JACOME; VILLELA, 2012).

As recomendações do DF (2020), escritas no "Parecer do DF sobre a estratégia da UE para a igualdade de gênero 2020-2025" [28] têm como principais temas, a saber, o desenvolvimento de uma sociedade com equidade de gênero nos campos econômico, financeiro, jurídico, político institucional e social. Assim, se reconhece que o combate à discriminação, à desigualdade e à violência de gênero precisa enfrentar os aspectos estruturais em que essas questões se manifestam. Desse modo, as orientações direcionadas ao contexto europeu, guardadas as devidas proporções, também podem servir como modelo para o cenário latino-americano, já que ambos enfrentam a desigualdade de gênero como um problema público.

2. REIVINDICAÇÃO POR IGUALDADE DE GÊNERO COMO "PROBLEMA PÚBLICO"

Para analisar as ações desenvolvidas pelo coletivo "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" (EIG) e pela associação eclesiástica "Mulheres

[27] Tradução livre. No original, em alemão: *Parität in Parlamenten und Politik*.
[28] Tradução livre. No original, em alemão: STELLUNGNAHME DES DF ZUR EU-STRATEGIE FÜR DIE GLEICHSTELLUNG DER GESCHLECHTER 2020-2025.

Evangélicas na Alemanha" (EFiD), parte-se do entendimento da desigualdade de gênero como um problema público. Segundo Lascoumes e Le Galès (2012, p. 144-145), um "problema só se torna público, quando os atores mobilizados conseguem inscrevê-lo no espaço público, isto é, quando se torna objeto de atenção, de controvérsias, e que as posições se confrontam para caracterizar seus componentes, amplitudes e causas". Nesse sentido, a desigualdade de gênero também é colocada no espaço público por essas mulheres evangélicas, que se organizam e se associam em lugares e momentos diversos e encontram representantes para serem ouvidas, de modo que essa "dinâmica coletiva faz emergir ao mesmo tempo um problema e seu público" (CEFAÏ, 2017, p. 188).

Esse público é formado por atrizes e atores sociais individuais, organizacionais e institucionais que participam de um "esforço coletivo para definir e controlar a situação percebida como problemática" (CEFAÏ, 2002, p. 66). Para além dessa mobilização, existem objetos para definir a situação problemática, como centros de pesquisa, simpósios e investimentos públicos e privados, e também para resolvê-la, como planos e relatórios. Todas as fases desse processo de publicização não se dissociam do conjunto de atividades e de objetos mobilizados ao longo das disputas (CEFAÏ, 2018, p. 23-24). E assim que as dinâmicas de problematização e publicização ultrapassam o ambiente das pessoas diretamente envolvidas, referindo-se a um maior número de mulheres, por exemplo, elas assumem o caráter de "processo político". A arena pública, portanto, se manifesta em torno da "situação problemática" (CEFAÏ, 2017, p. 190-191).

Nesse caso, as mulheres que constituem a EIG e a EFiD formam um "campo de experiência coletiva" ao apresentar os seus modos de "ver, dizer e fazer" (CEFAÏ, 2017, p. 192) em relação a busca pela equidade de gênero em diferentes âmbitos das sociedades brasileira e alemã. Essas mulheres se associam em rede com outras instituições e organizações religiosas e não religiosas para mostrar que as diferentes dimensões da discriminação, da desigualdade e da violência de gênero — violência doméstica e ausência de paridade na representação eclesiástica e política institucional — compreendem um problema "reconhecível e identificável". Elas também integram grupos de pesquisa e de acolhimento, elaborando materiais que apoiam iniciativas governamentais e não governamentais e que fornecem informações úteis às cidadãs de diferentes contextos sociais e familiares. Assim, a formação dessa comunidade política de mulheres evangélicas está interligada por suas preocupações comuns (CEFAÏ,

2017, p. 192; 194), que são compartilhadas com as demais mulheres não religiosas ou de outras crenças.

De acordo com Cefaï (2017, p. 197-200), o trabalho de "indagação" das preocupações comuns faz parte concepção de "problema público", na medida em que organiza um "campo de intervenção" no sentido de imputar a responsabilidade moral e legal, fazendo emergir não só quem são os injustiçados e os seus "reparadores", mas também uma "chave de leitura" e de "recomposição" da situação. Quando as perguntas "quem fez o quê, com quem, contra quem, onde, quando, como, por que, visando o quê e com que consequências, diretas ou indiretas" chegam a público, comprometem-se os poderes públicos, pois publicizar é uma forma de agir de modo que o problema seja "reconhecido, explorado e resolvido por representantes da opinião pública e operadores da ação pública — diante do olhar público".

Ocorre que a análise das relações de gênero demonstra que as desigualdades não são ocasionadas, necessariamente, por uma pessoa específica (FRASER, 1997), podendo ser discutida sob o ponto de vista estrutural a partir de diferentes eixos, tais como divisão sexual do trabalho, família e maternidade e sexualidade e autonomia (BIROLI, 2018). Assim, a pergunta "quem fez o quê" (CEFAÏ, 2017) não terá como resposta uma pessoa ou uma instituição característica, mas essas poderão ser representativas da desigualdade de gênero quando o olhar estiver voltado a uma realidade social local, como o caso das mulheres em situação de violência doméstica e familiar atendidas pela Casa Sofia, em São Paulo. Nesse contexto, também poderiam ser respondidas as perguntas "com quem, contra quem, onde, quando, como e com que consequências, diretas ou indiretas" (CEFAÏ, 2017) para a vida das mulheres assistidas pela Casa Sofia.

No entanto, reitera-se que a análise deve recair sobre os aspectos sociais, econômicos, culturais, jurídicos e políticos. Nesse sentido, Fraser (2009[2005], 19-20) dissertou sobre a necessidade da teoria da justiça ser pensada de forma tridimensional: incorporando a "dimensão política da representação" ao lado da "dimensão econômica da distribuição" e da "dimensão cultural do reconhecimento". A autora afirmou, portanto, a existência de uma terceira dimensão da justiça: o político. Além da "má distribuição ou injustiça distributiva" e da "desigualdade de *status* ou falso reconhecimento", a terceira espécie de injustiça, que representa obstáculo à participação paritária, seria a "falsa representação". As fronteiras políticas e as regras decisórias funcionam de

modo a negar a determinados indivíduos, como as mulheres, a possibilidade de participar como um par, em relação aos demais, na interação social. Desse modo, é uma dimensão política da justiça, em que o problema reside no pertencimento social, nesse caso, operacionalizado pelo obstáculo à participação das mulheres dos espaços de tomada de decisão.

Considerando que a "falsa representação" é uma característica política da injustiça que pode ocorrer independentemente da "má distribuição" ou do "falso reconhecimento", as mulheres evangélicas da EIG e da EFiD vêm a público para questionar a dualidade entre o público e o privado. Quando a ex-Ministra Federal, Irmgard Schwaetzer afirmou que para uma mulher se candidatar a um cargo eclesiástico seria considerada em sua avaliação a possibilidade de conciliação do cargo com a responsabilidade familiar (EKD, 2019), o que está em jogo é a interpretação de que o trabalho doméstico é uma "espécie natural" (FRASER, 1987[1985]) de atividade exercida pelas mulheres A partir de uma perspectiva distributiva seria possível identificar formas de injustiça específicas de gênero: divisão entre trabalho produtivo remunerado e trabalho reprodutivo e doméstico não remunerado, bem como a divisão dentro do trabalho remunerado, com o trabalho ocupado por homens sendo mais bem recompensado financeiramente (FRASER, 2015[2001], p. 192).

A perspectiva do reconhecimento, por seu turno, permitiria a compreensão de que o gênero codifica padrões culturais de interpretação e avaliação dominantes. Um desses padrões de injustiça de gênero seria o "androcentrismo", um padrão cultural institucionalizado que privilegia o que é masculino em detrimento do que é feminino ou de tudo o que é direcionado às mulheres. Está codificado na área jurídica, de políticas públicas e na área da saúde, impregnando também a cultura popular e as relações sociais cotidianas. Nesse caso, as mulheres sofrem "formas de subordinação de *status* específicas de gênero", tais como as apresentadas pela EIG e pela EFiD: violência doméstica e familiar e exclusão da participação na esfera pública ou em espaços deliberativos. A falta de reconhecimento provoca a prática dessas injustiças, como uma diferença de *status* (FRASER, 2015[2001], p. 192-193).

Distribuição e reconhecimento também têm caráter político por serem permeados por poder, mas o "político" a que Fraser (2009[2005], 20-21; 33-34) se refere "diz respeito à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais". Isto significa que a autora identificou a questão do pertencimento social: a representação. Essa dimensão

coloca em pauta se as relações de representação são justas ou injustas e se há paridade de participação nas deliberações públicas e nas tomadas de decisão. Portanto, o político mostra como se apresentam e como são conduzidas as demandas por distribuição e reconhecimento. Nesse caso, representação, redistribuição e reconhecimento são dimensões da justiça que estão entrelaçadas e, em um mundo globalizado, as reinvindicações por justiça devem caminhar junto com as lutas por democracia, pois não há redistribuição ou reconhecimento sem representação (FRASER, 2009[2005], p. 33-34).

Contudo, demonstrar pontos comuns à situação das mulheres e conferir às disputas privadas um alcance público precisa estar acompanhado da reorganização dos sentidos e interpretações sobre os novos desafios que se apresentam diante de uma "política antigênero" (CORRÊA, 2018) neoconservadora, que causa não só a corrosão da democracia, mas também da esfera pública (BIROLI, 2020). De acordo com Brown (2006, p. 692; 697-698, tradução nossa), o neoconservadorismo é uma "racionalidade moral-política" que está focada na "fixação e imposição de significados, conservando certas formas de vida e reprimindo e regulando o desejo". Constitui-se como uma racionalidade que não é homogênea, mas fruto de interesses contingentes de agentes religiosos e não religiosos, em que o Estado teria a missão de estabelecer a "bússola moral-religiosa" para todas as esferas da sociedade. Tal formação política produziria um sujeito "neoconservador de direita, patriótico, moral e abnegado".

Seguindo esse raciocínio, Biroli, Vaggione e Machado (2020, p. 28-40) propuseram cinco dimensões para identificar as ações do neoconservadorismo na América Latina, sobretudo no Brasil: a) "alianças e afinidades" entre atrizes e atores católicos e evangélicos para defender a família heterossexual, a vida desde o momento da concepção e a ordem moral cristã; b) "juridificação da moralidade" diante da possiblidade da eficácia das legislações em controlarem práticas e hierarquizarem a "ordem sexual", desconsiderando a sexualidade como um elemento da cidadania; c) operacionalização em cenários democráticos com participação na arena pública a fim de influenciar leis e políticas públicas com valores religiosos; d) transnacionalidade de suas campanhas e argumentações; e) relação com o neoliberalismo no panorama da responsabilização das famílias em meio a processos de privatização e mercantilização que privilegiam o econômico em detrimento do social.

Nesse sentido, no Brasil, como escrito anteriormente, a noção de "ideologia de gênero" diz respeito à reação católica contra as conferências da Organização das Nações Unidas da década de 1990 que discutiram sobre os direitos das mulheres afirmando os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Desde aquela época, os segmentos religiosos neoconservadores estenderam a regulação moral da sexualidade para o campo do direito, a fim de enfrentar movimentos feministas e LGBTQI+ [29] (BIROLI, VAGGIONE, MACHADO, 2020). Na Alemanha, por sua vez, a reação anti-gênero (*Anti-Genderismus*) funcionou como uma "cola simbólica" (KOVÁTS, PÕIM, 2015) para diferentes atrizes e atores sociais em setores neoconservadores populistas e de direita (VILLA, 2017, p. 99-100). A retórica discursiva reativa se manifestou, principalmente, apontando que gênero: a) é uma "ideologia totalitária e coerciva" acusada de ser imposta a ""nós" alemães" por ""eles acadêmicos e lobistas"; b) é uma noção ocidental americana; c) está associado ao "pânico moral" e ao "pânico sexual" (MISKOLCI, 2007; MISKOLCI; CAMPANA, 2017) que incitaria à pedofilia e à sexualização das crianças; d) não é um estudo científico, mas um tipo de crença ideológica ou religiosa como uma "nova forma de criacionismo" (VILLA, 2017, p. 108-112).

São por esses motivos que as "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" e as "Mulheres Evangélicas na Alemanha" parecem formar públicos alternativos, a que Fraser (1997) denominou de "contra públicos subalternos", isto é, espaços discursivos paralelos onde se formulam e circulam interpretações próprias sobre suas identidades, necessidades e seus interesses. Esses contra públicos contribuem para a ampliação da arena discursiva, com potencial emancipatório. Além de levarem suas demandas à público, esperam uma resposta concreta e eficaz do poder público. Na Alemanha, por exemplo, a busca pela igualdade de gênero, no plano político institucional, tem caminhado no sentido de que mulheres e homens não só são iguais perante a lei, também previsto na constituição brasileira (CRFB/88, artigo 5º, caput), mas também que o Estado deve promover a realização efetiva dessa igualdade e se empenhar para eliminação de quaisquer desvantagens existentes (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949, artigo 3º, (1) e (2)). Portanto, a consolidação, defesa e ampliação da equidade de gênero são fundamentais para o aperfeiçoamento de uma sociedade democrática.

[29] A sigla se refere a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros, Queer e Intersexual. O símbolo '+' abarca outras formas de identidade de gênero e orientação sexual.

CONCLUSÃO

A reação à agenda da igualdade de gênero é um fenômeno global, mas é preciso compreender os seus padrões locais, como se tentou demonstrar nesse artigo com os exemplos do Brasil e da Alemanha. As "Evangélicas pela Igualdade de Gênero" (EIG) e as "Mulheres Evangélicas na Alemanha" (EFiD) reconheceram a desigualdade de gênero como um problema a ser combatido em público diante do novo formato do ativismo conservador, o neoconservadorismo, empreendido por atrizes e atores sociais religiosos e forças políticas não religiosas. Tal racionalidade política ocorre em contextos democráticos causando tensão entre agendas que são contra e a favor das questões de gênero.

Por esse motivo, as mulheres precisam ocupar todos os espaços. E não basta que sejam mulheres se não estiverem comprometidas com as causas que contribuam para o avanço dos seus direitos tanto no Brasil, quanto na Alemanha. A sua participação e representação, incluindo a de mulheres evangélicas que atuam em rede, é essencial para que as decisões tomadas sejam democráticas, visto que determinados assuntos em discussão e deliberação podem desproteger suas destinatárias. Portanto, a participação e representação das mulheres evangélicas que lutam pela consolidação, defesa e ampliação da equidade de gênero são fundamentais para a construção de uma sociedade justa e o fortalecimento da democracia.

REFERÊNCIAS

ACIPRENSA. La Ideología de Género. Sus Peligros y Alcances. *Comisión Episcopal de Apostolado Laical*, Lima, abr. 1998. Disponível em: https://www.aciprensa.com/controversias/genero.htm Acesso em: 18 jan. 2021.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia. Gênero, "valores familiares" e democracia. *In*: BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos.

Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 135-187.

BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. Introdução. Matrizes do neoconservadorismo religioso na América Latina. *In*: BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 13-40.

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BROWN, Wendy. American Nightmare: Neoliberalism, Neoconservatism, and De-Democratization, *Political Theory*, v. 34, n. 6, dec./2006, p. 690-714.

CEFAÏ, Daniel. Públicos, problemas públicos, arenas públicas. O que nos ensina o pragmatismo (Parte I). *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 36, n. 1, mar. 2017, p. 187-213.

CEFAÏ, Daniel. Qu'est-ce qu'une arene publique? Quelquer pistes pour une approche pragmatiste. In: CEFAÏ, Daniel; JOSEPH, Isaac. *L'Heritage du Pragmatisme. Conflits d'urbanite et epreuves de civisme*. La Tour d'Aigues, Editions de l'Aube, 2002, p. 62-103.

CNN BRASIL. Violência doméstica cresce em países da Europa durante isolamento. *CNN Brasil*, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/05/21/violencia-domestica-cresce-em-paises-da-europa-durante-isolamento>. Acesso em: 12 jun. 2021.

CORRÊA, Sonia. A "política do gênero": um comentário genealógico. *Cadernos Pagu*, n. 53, jun. 2018.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. Eine starke Lobby für eine starke Demokratie. *DF*, 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. Eu-ratspräsidentschaft muss weichen stellen für geschlechtergerechtigkeit. Berlim, *DF*, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/eu-ratspraesidentschaft-muss-weichen-stellen-fuer-geschlechtergerechtigkeit/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. Ex-Bundesministerin: „Patriarchaler Ton doch noch sehr präsent". Hanover, *EKD*, 18 jan. 2019. Disponível em:

<https://www.ekd.de/irmgard-schwaetzer-frauenwahlrecht-gleichberechtigung-42297.htm>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. Geschichte. Die historischen wurzeln des deutschen frauenrats. Berlim, *DF*, 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/verband/geschichte/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. Häusliche gewalt – Die zahlen steigen. Berlim, *DF*, nov. 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/haeusliche-gewalt-die-zahlen-steigen/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. Mehr Frauen in Den Bundestag. Berlim, *DF*, 07 dez. 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/mehr-frauen-in-den-bundestag/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. STELLUNGNAHME DES DF ZUR EU-STRATEGIE FÜR DIE GLEICHSTELLUNG DER GESCHLECHTER 2020-2025. Berlim, *DF*, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/wp-content/uploads/2020/06/DF-Stellungnahme-EU-Gleichstellungsstrategie-2006016.pdf>. Acesso em : 18 jan. 2021.

DER DEUTSCHE FRAUENRAT. #MehrFrauenindieParlamente - 50:50 ist das Ziel. Berlim, *DF*, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.frauenrat.de/themen/ngos/paritaet/>.Acesso em: 18 jan. 2021.

EVANGELISCHEN KIRCHE IN DEUTSCHLAND. 75 Jahre Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) – „Meilensteine". Hanover, *EKD*, 2020. Disponível em: <https://www.ekd.de/meilensteine-75-jahre-ekd-58314.htm>. Acesso em: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND. Kirche gegen Rassismus, Rechtspopulismus und Rechtsextremismus. Hanover, *EKD*, 2020. Disponível em: <https://www.ekd.de/kirche-gegen-rechtspopulismus-und-rechtsextremismus-49866.htm>. Acesso em: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND. Vertrauen in die Demokratie stärken. Hanover, *EKD*, abr. 2019. Disponível em: <https://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/gemeinsame_texte_26_demokratie_2019.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND. Die Evangelische Kirche in Deutschland. Wer wir sind und was wir tun. Hanover, *EKD*, ago. 2020.

Disponível em: <https://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/EKD_Faltblatt_DE_2020.pdf>

Acesso em: 13 jan. 2021.

EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY. Disponível em: <https://eige.europa.eu/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHEN FRAUEN IN DEUTSCHLAND e.V. EFiD Presidium. Hanover, *EFiD*, 2018. Disponível em: <https://www.evangelischefrauen-deutschland.de/verband/kurzbeschreibung/381>. Acesso em: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHEN FRAUEN IN DEUTSCHLAND e.V. Menschenfeindlich denken und handeln - nicht mit uns! Hanover, *EFiD*, out. 2016. Disponível em: <https://www.evangelischefrauen-deutschland.de/gesellschaftspolitik/1455>.Acesso: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHEN FRAUEN IN DEUTSCHLAND e.V. Pressemitteilung. Evangelische Frauen begrüßen Unterstützungsmaßnahmen für Betroffene sexualisierter Gewalt im kirchlichen Bereich. Hanover, *EFiD*, 15 nov. 2018. Disponível em: <https://www.evangelischefrauen-deutschland.de/images/stories/efid/Presse/pm_efid_%20zu%20synoden beschluessen_nov2018.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

EVANGELISCHEN FRAUEN IN DEUTSCHLAND e.V. Pressemitteilung. 100 Jahre Frauenwahlrecht – Zeit für Parität Die Evangelischen Frauen in Deutschland fordern Gleichberechtigung in den Parlamenten. Hanover, *EFiD*, 16 jan. 2019. Disponível em: <https://www.evangelischefrauen-deutschland.de/images/stories/efid/Presse/pm_efid_100%20jahre%20frauenwahlrecht_jan_2019.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

EVANGELISCHEN FRAUEN IN DEUTSCHLAND e.V. We wir sind. Hanover, *EFiD*, 2020. Disponível em: <https://www.evangelischefrauen-deutschland.de/verband/kurzbeschreibung/377>. Acesso em: 12 jan. 2021.

FACEBOOK. *Evangélicas pela Igualdade de Gênero*. Disponível em: < https://www.facebook.com/mulhereseig/>. Acesso em: 11 jan. 2021.

FRASER, Nancy. La política feminista en la era del reconocimiento: una aproximación bidimensional a la justicia de género. *In:* FRASER, Nancy. *Fortunas del Feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal***.** Tradução de Cristina Piña Aldao. Quito: Traficantes de sueños, 2015[2001], p. 189-206.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 2, maio-ago. 2007[2005], p. 291-308.

FRASER, Nancy. Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes. *In*: FRASER, Nancy. *Justicia interrupta: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Traducción de Magdalena Holguín y Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Univeridade de Los Andes, Facultad de Derecho, 1997, p. 95-133.

FRASER, Nancy. Que é crítico na Teoria Crítica? O argumento de Habermas e o gênero. *In:* BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (coords.). *Feminismo como crítica da Modernidade***.** Tradução de Nathanael da Costa Caixeiro. São Paulo: Editora Rosa dos Tempos, 1987[1985], p. 38-65.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, 2009[2005], p. 11-39.

GEBARA, Ivone. *Rompendo o silêncio*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

INSTAGRAM. *MulheresEIG*. Disponível em: <https://www.instagram.com/mulhereseig/>. Acesso em: 11 jan. 2021

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2010 – Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

JACOME, Márcia Larangeira; VILLELA, Shirley (org.). *Orçamentos sensíveis a gênero: conceitos*. Brasília: ONU Mulheres, 2012. Disponível em: <http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/orcamentos-conceitos.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

KÓVATS, Eszter; PÕIM, Maari (eds.). *Gender as Symbolic Glue: The Position and Role of Conservative and Far Right Parties*. Brussels: Fondation for European Progressive Studies and Friedrich-Ebert-Stiftung Budapest, 2015.

LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. *Sociologia da ação pública*. Maceió: EDUFAL, 2012.

LISBOA, Ester; MELLO Vanessa Carvalho de. *Cartilha de formação em escuta ativa e empática: mulher, vai tudo bem contigo?* São Paulo: Koinonia Presença Ecumênica e Serviço, Evangélicas pela Igualdade de Gênero, 2020. Disponível em: <http://kn.org.br/wp-

content/uploads/2020/09/Escuta-Ativa-EIG-Koinonia.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

MACHADO, Maria das Dores Campos. O discurso cristão sobre a "ideologia de gênero". *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 2, 2018, p. 1-18.

MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. "Ideologia de gênero": notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. *Revista Sociedade e Estado*, v. 32, n. 3, set./dez. 2017, p, 725-747.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. *Cadernos Pagu*, v. 28, jan./jun. 2007, p. 101-128.

O'LEARY, Daly. *The Gender Agenda: Redefining Equality*. Lafayette: Vital Issues Press, 1997.

RODRIGUES, Arnaldo. Igreja Católica: sempre "Una". Cidade do Vaticano, Vatican News, 02 set. 2019. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2019-10/igreja-catolica-sempre-una.html>. Acesso: 13 jan. 2021.

RUIBAL, Alba M. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 14, maio/ago. 2014, p. 111-138.

SINNER, Rudolf von. Estado e religiões: O exemplo da Alemanha. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n. 3, set./dez. 2014, p. 467-483.

SOUZA, Marcelle. "Quando a igreja não discute gênero, ela nega direitos humanos", diz evangélica feminista. *UOL Notícias*, São Paulo, 06 jan. 2017. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/06/quando-a-igreja-nao-discute-genero-ela-nega-direitos-humanos-diz-evangelica-feminista.htm#:~:text=Cotidiano-,%22Quando%20a%20igreja%20n%C3%A3o%20discute%20g%C3%AAnero%2C%20ela%20nega,direitos%20humanos%22%2C%20diz%20evang%C3%A9lica%20feminista&text=De%20ber%C3%A7o%20evang%C3%A9lico%20pentecostal%2C%20Val%C3%A9ria,se%20comportar%20impostos%20pela%20igreja>. Acesso em: 12 jan. 2021.

STUDIENZENTRUM DER EKD FÜR GENDERFRAGEN. Auftrag und Geschichte. Hanover, *SFG*, 2014. Disponível em: <https://www.gender-ekd.de/studienzentrum/auftrag_und_geschichte.html>. Acesso em: 15 jan. 2021.

VAGGIONE, Juan Marco. A restauração legal: o neoconservadorismo e o direito na América Latina. *In*: BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco;

MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 41-82.

VATICANO. Carta aos Bispos da Igreja Católica sobre a Colaboração do Homem e da Mulher na Igreja e no Mundo. *Vaticano,* 31 maio 2004. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20040731_collaboration_po.html Acesso em: 18 jan. 2021.

VELASCO, Clara. et al. Assassinatos de mulheres sobem no 1º semestre no Brasil, mas agressões e estupros caem; especialistas apontam subnotificação durante pandemia. *G1*, 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/assassinatos-de-mulheres-sobem-no-1o-semestre-no-brasil-mas-agressoes-e-estupros-caem-especialistas-apontam-subnotificacao-durante-pandemia.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2021.

VILLA, Paula-Irene. "Anti-genderismus": German andst? In: Anti-Gender Campaigns in Europe. *In*: KUHAR, Roman; PATERNOTTE, David (eds.). *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality*. London: Rowman & Littlefield International, 2017, p. 99-116.

VILHENA, Valéria Cristina (org.). *Evangélicas por sua voz e participação – gênero em discussão*. São Paulo: Fonte Editorial, 2015.

VILHENA, Valéria Cristina. *Pela Voz das Mulheres: uma análise da violência doméstica entre mulheres evangélicas no Núcleo de Defesa e Convivência da Mulher – Casa Sofia*. 2009. 152p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião). Programa de Pós-Graduação em Ciências da Religião, Faculdade de Humanidades e Direito, Universidade Metodista de São Paulo, São Paulo.

VILHENA, Valéria Cristina. *Um olhar de gênero sobre a trajetória de vida de Frida Maria Strandberg (1891-1940)*. 2016. 236p. Tese (Mestrado em Educação, Arte e História da Cultura). Programa de Pós-Graduação em Educação, Arte e História da Cultura, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

O USO DA ESTERILIZAÇÃO COERCITIVA COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO REPRODUTIVO DE MULHERES INCAPACITADAS PELO USO DE DROGAS: a (in)constitucionalidade da concessão da medida pelo Poder Judiciário brasileiro

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha
Universidade Federal de Uberlândia
Uberlândia-MG, Brasil
beatrizgontijo@ufu.br

Isadora Machado Pereira
Universidade Federal de Uberlândia
Uberlândia-MG, Brasil
isadoramape@hotmail.com

Keila Pacheco Ferreira
Universidade Federal de Uberlândia
Uberlândia-MG, Brasil
keilapacheco@ufu.br

Resumo: A esterilização coercitiva está sendo utilizada pelo judiciário brasileiro como forma de controle reprodutivo em mulheres incapacitadas pela toxicodependência. Nesse contexto, a justificativa acolhida pelo Poder Público é de que as usuárias de psicotóxicos são moradoras de rua, dependentes químicas e, em consequência disso, são incapacitadas civilmente, dado o estado mental e físico fragilizado. Além do mais, estas mulheres se encontram em situação de tal vulnerabilidade que utilizam da prostituição como financiamento dos psicotóxicos, gerando fetos com desnutrição ou má-formação, que, muitas vezes, são abandonados em casas de acolhimento. Assim, utilizando-se da técnica da proporcionalidade, pretendeu-se observar se a esterilização coercitiva é uma medida necessária e adequada para atingir a tutela pretendida pelo Estado. Por fim, concluiu-se que a utilização da esterilização coercitiva deve ser vista com cautela, não podendo resultar em políticas higienistas. No entanto, seu uso não deve ser descartado em hipóteses de extrema vulnerabilidade, quando verificado ausência de capacidade e presença de risco para os futuros filhos da usuária. Por conseguinte, ainda que se admita a constitucionalidade da medida, sua aplicação deve ser sempre analisada caso a caso.

Palavras-chave: Direito reprodutivo; Esterilização coercitiva; toxicodependência.

Abstratc: Coercive sterilization is being used by the Brazilian judiciary as a form of reproductive control in women incapacitated by drug addiction. In this context, the justification accepted by the Public Power is that the users of psychotoxic drugs are homeless, chemically dependent and, as a result, are civilly disabled, given their fragile mental and physical state. Furthermore, these women are in a situation of such vulnerability that they use prostitution as a financing for psychotoxic drugs, generating fetuses with malnutrition or malformation, which are often abandoned in foster homes. Thus, using the proportionality technique, it was intended to observe whether coercive sterilization is a necessary and appropriate measure to achieve the protection sought by the State. Finally, it was concluded that the use of coercive sterilization should be viewed with caution, and cannot result in hygienic policies. However, its use should not be ruled out in cases of extreme vulnerability, when there is a lack of capacity and presence of risk for the user's future children. Therefore, even if the measure's constitutionality is admitted, its application must always be analyzed on a case-by-case basis.

Keywords: Reprodutive law; Coercive sterilization; drug addiction

Introdução

Como inúmeros outros casos que ocorrem em anonimato, o caso de Janaína Aparecida Quirino foi distinto, pois ganhou grande divulgação e misto de opiniões sobre sua situação[1]. Nesse sentido, Janaína– a época dos fatos já com sete filhos, grávida do oitavo, presidiária, viciada em álcool e drogas– obteve como método contraceptivo laqueadura tubária determinada pela justiça através de ação civil pública.

Por meio do processo de número 1001521-57.2017.8.26.0360[2] da 2ª Vara Cível de Mococa, Estado de São Paulo, proposto por Frederico Liserre Barrufini, promotor da Infância e da Juventude da cidade, o Ministério Público com pretensão voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química Janaína Aparecida Quirino. Tal medida foi requerida ao se analisar que além das dificuldades financeiras e de saúde pelo uso reiterado de ilícitos, houve inúmeras situações difíceis com os filhos de Janaína. Uma vez que

1 Notícia disponível em: <https://exame.com/brasil/nao-quero-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/ >. Acesso em 14 de setembro de 2020.

2 Dados disponíveis em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/179852372/processo-n-10015215720178260360>. Acesso em 14 de setembro de 2020.

dos oito filhos, cinco deles passaram por abrigos e um deles se encontra em reabilitação pelo vício no uso de drogas.

Na petição inicial o Ministério Público informa que "diante da indicação da realização do procedimento de laqueadura tubária, a requerida mostrou-se reticente e, em alguns momentos, resistente à sua realização" (TJ-SP – Processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360, Petição Inicial, Ministério Público: Frederico Liserre Barrufini, 2ª Vara Cível de Mococa, Data de Juntada: 31/05/2017). Ou seja, realizou algumas iniciativas para o procedimento, mas o interrompeu, mudando algumas vezes de posicionamento.

Assim, fundamentou-se o pedido com a afirmação de que "somente a realização de laqueadura tubária na requerida será capaz para salvaguardar a sua vida, a sua integridade física e a de eventuais rebentos que poderiam vir a nascer e ser colocados em sério risco pelo comportamento destrutivo da mãe" (TJ-SP – Processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360, Petição Inicial, Ministério Público: Frederico Liserre Barrufini, 2ª Vara Cível de Mococa, Data de Juntada: 31/05/2017).

Pelo somatório dos pontos acima, e também pela dificuldade de se manter um método contraceptivo menos gravoso ficou delimitado em sentença a concessão de serviços hospitalares que esterilizariam a mulher.

As críticas que tal caso tomou se iniciou pelo manejo da ação civil pública – um instrumento voltado a defesa de direitos difusos, coletivos e ou individuais indisponíveis – que foi utilizado não para garantir, mas sim para restringir o direito à liberdade reprodutiva, direito esse voltado a saúde à dignidade e à integridade física (TJ-SP, AC: 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, Data do Julgamento: 23/05/2018, 8ª Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 25/05/2018).

Ademais, outra crítica foi a falta de defesa de Janaína, que foi meramente formal, já que houve a citação de Janaína, porém não houve a defesa fatídica do caso. Como é citado em fase de recurso pelo relator do acordão "embora tenha havido a citação da ré (...), não se lhe abriu oportunidade defesa, violando a garantia constitucional do devido processo legal, o que inclui o direito à ampla defesa e contraditório – art. 5º, LV da CF (TJ-SP, AC: 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, Data do Julgamento: 23/05/2018, 8ª Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 25/05/2018).

Lado outro, o juiz do caso, ao defender a decisão tomada, argumentou que todos os filhos de Janaína já estiveram em abrigos da cidade e a mulher, como dependente química, não tem e condições para o sustento e segurança da sua prole. Assim, a permanência dela junto aos filhos – em razão de o uso de álcool e outras drogas ser prolongado e sabido pelo judiciário – é um risco em potencial, além de inúmeras outras situações que Janaína já enfrentou.

O difícil cenário que compreende essa mulher e seus filhos é por óbvio complexo e gera inúmeros planos de discussão. Ao que concerne a esta pesquisa, procurar-se-á desenvolver os institutos da capacidade e da autonomia privada ao que se refere às pessoas viciadas em tóxicos e aos direitos reprodutivos como direito à saúde, notadamente dentro da lei de planejamento familiar. Ao fim, pretende-se elaborar uma análise do caso com base na técnica da proporcionalidade, ao que poderá concluir se houve a restrição de um direito de modo adequado e necessário para a busca de um fim, qual seja a laqueadura forçada como método contraceptivo.

Neste trabalho, foi utilizado a metodologia indutiva em conjunto com o método de pesquisa bibliográfico e de estudo de casos. Nesse sentido, a partir do caso exposto na introdução, buscou-se utilizar os métodos da proporcionalidade como critério da proibição do excesso, em sede de restrição de direitos, para se observar a legitimidade da aplicação da esterilização compulsória em mulheres incapacitadas pela toxicodependência. Não obstante, esclarece-se que o objetivo deste artigo não foi de conduzir a uma decisão definitiva acerca do caso Janaína, que apenas serviu de base exemplificativa para abordar o tema de uma maneira mais geral e objetiva.

No primeiro capítulo, foi debatido as questões sobre a incapacidade e vulnerabilidade das mulheres dependentes químicas. Em seguida, foram apresentadas as políticas públicas de saúde realizadas pelo Sistema Único de Saúde no que se refere aos direitos reprodutivos. Logo após, foi explanado sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a técnica da proporcionalidade como medida de analise a impedir limitações desproporcionais aos direitos fundamentais, afim de demonstrar em quais hipóteses a interferência estatal por meio do uso da esterilização coercitiva se mostrariam legal.

1 Capacidade para Consentir e Interferência Estatal

O art. 10º, § 6º da Lei 9263/ 96, que trata sobre planejamento familiar, dispõe que a esterilização em pessoas incapazes somente poderá ser realizada por meio de autorização judicial, porém não traz nenhuma diretriz que auxilie o juiz a verificar em quais casos isso poderá ocorrer. De modo, que se torna essencial realizar uma análise acerca da capacidade para que possamos iniciar o debate em questão.

Nessa seara, a capacidade de direito é garantida a todos os sujeitos dotados de personalidade jurídica, compreendida pelo Código Civil como todos aqueles nascidos com vida – art. 2º do Código Civil. Em contrapartida, a capacidade de fato é apresentada por meio de um escalonamento que se inicia pela incapacidade absoluta (limitação da pessoa à prática de todos os atos da vida civil), perpassa pela incapacidade relativa (apresentando apenas uma limitação para a prática de alguns atos ou ao modo de exercê-los) e encerra-se na capacidade plena, na qual o sujeito pode realizar todos os atos permitidos em direito (MARTINS-COSTA, 2009, p. 319).

Segundo Oliva e Tepedino (2016, p. 232), como nem todos possuem condições de exercerem sozinhos a capacidade de fato, a lei criou dois mecanismos para auxilia-los nessa tarefa, de acordo com seu nível de incapacidade. Dessa forma, no instituto da incapacidade absoluta, os atos da vida civil serão realizados por um responsável ditado pela lei, em nome e no exclusivo interesse do incapaz.

Nesse caso, entende-se que o sujeito é desprovido de discernimento para exercício de atividades civis, portanto a ausência de uma representação invalida o ato, que é considerado nulo. Ressalta-se que com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), houve a modificação do art. 3º do Código Civil, de modo que, atualmente, só está incluso nessa categoria os menores de dezesseis anos completos.

Já na incapacidade relativa, os atos serão realizados pelo próprio incapaz, porém assistido por pessoas designadas legalmente para esse fim. Assim, entende-se que nessa incapacidade, o sujeito não está totalmente desprovido de vontade, de modo que a ausência da assistência não causa, de plano, uma nulidade, sendo apenas anulável. (OLIVA e TEPEDINO, 2016, p. 235).

É necessário, entretanto, compreender que a teoria clássica das capacidades, apresentada acima, foi primeiramente configurada para abordar os contratos negociais. Nesse sentido, conforme relata Martins-Costa (2009, p. 329),

na rápida mudança do capitalismo mercantil para o capitalismo industrial, intencionando dar mais seguridade às relações negociais, buscou-se instrumentos capazes de afastar das negociações aqueles que não tinham aptidões para assumir responsabilidades patrimoniais: as crianças, os deficientes e os ditos loucos.

Conforme se mudou o foco patrimonialista, presente no Código Civil de 1916 para uma visão mais focada na pessoa, com a promulgação do Código Constituição de 1988 e – logo em seguida – o Código Civil de 2002, essa capacidade passou a ser compreendida não só como negocial, exigida para concretização de negócios privados, mas também a capacidade para decidir sobre aspectos da autodeterminação da personalidade.

Segundo Sampaio e Menezes (2018, p. 136), com a promulgação do referido Estatuto da Pessoa com Deficiência, o instituto da capacidade sofreu severas mudanças. Assim, a deficiência passou a ser vista como o produto da interação entre as limitações naturais da pessoa e as barreiras impostas pela sociedade, cabendo ao Estado mitigar essas barreiras e fornecer subsídios capazes de favorecer o exercício da capacidade e autonomia da pessoa.

No que concerne a autonomia, embora os sujeitos dotados de discernimento reduzido continuem inseridas no capítulo da incapacidade relativa, vetou-se a extensão dos poderes da curatela a aspectos ligados a questões existenciais, como casamento, saúde, sexualidade e corpo, apenas se restringindo a seara patrimonial. Assim, compreende-se que quando disser respeito a seara da personalidade, entende-se que os direitos tutelados nas relações existenciais, são personalíssimos e, portanto, devem ser exercidos pelo próprio titular, sem possibilidade de representação. Nesse sentido, deve-se entender que, no que diz respeito aos atos existências, a regra é a intransmissibilidade do poder de decisão (SAMPAIO e MENEZES, 2018, p. 137, p. 144, p. 153).

No que tange a pessoas viciadas em psico-tóxicos, embora não se trate de uma patologia congênita, verifica-se que o uso dessas substâncias ocasiona uma redução significativa do seu discernimento mental. Seguidamente, muitas mulheres acometidas por esse vício permanecem desamparadas socialmente, sem qualquer assistência do Estado ou algum responsável que cuide delas (MARTINS-COSTA, 2009, p. 320, p. 332). Segundo o U.S. Department of Health & Human Services (2016, p. 63-88), o vício é uma doença crônica, caracterizado por desencadear grandes prejuízos às relações sociais, à saúde e ao controle volitivo do usuário em relação ao uso da substância. Nesse sentido, o transtorno causado pelo uso de psicotrópicos pode desencadear interferência no córtex pré-frontal, que

tem por consequência a redução do controle executivo do cérebro, ligados a processos cognitivos complexos, como a capacidade de tomada de decisão e de controlar impulsos e emoções. Além do mais, estudos indicam que o uso de drogas antes de o indivíduo completar vinte anos pode afetar o desenvolvimento dessa área do cérebro na fase adulta, pois o desenvolvimento completo do cérebro humano só é atingido nessa idade.

Nessa linha, é necessário se destacar que o uso de drogas e o desenvolvimento posterior de transtornos mentais está intimamente ligado. Dessa forma, muito usuários com tendência genética para desenvolver transtornos psicológicos, só têm a doença desencadeada após o uso das substâncias – o uso de maconha por exemplo, aumenta a chances de o indivíduo com vulnerabilidade genética desenvolver esquizofrenia. Assim, o transtorno mental poderá ser causado por uma combinação de fatores, como o uso da droga em conjunto com a presença de genes específicos, déficits neurobiológicos e exposição a experiências de vida estressantes (U.S. Department of Health & Human Services, 2016, p. 84-86).

Nessa perspectiva, estudos realizados por Cunha et al, no Departamento e Instituto de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da USP demonstraram que o uso de crack pode causar alterações nas funções de atenção, fluência verbal, memória visual, memória verbal, capacidade de aprendizagem e funções executivas. Isso significa que a exposição prolonga à substância podem levar o indivíduo a apresentar expressivos déficits neuropsicológicos muito semelhantes aos encontrados em pacientes com transtornos cognitivos. (CUNHA et al, 2004, p. 106). Assim, deve-se compreender que alguns dependentes químicos de fato se tornam incapazes permanentemente, e não só, de maneira transitória, enquanto fazem uso da droga.

Assim, sem nenhuma perspectiva de vida e nenhum amparo, essas mulheres são levadas a adentrar no mundo da prostituição, que é visto como um meio de sustentar o vício (RODRIGUES e PIMENTA, 2006, p. 50). Nesse sentido, Martins-Costa (2009, p. 139) ressalta que, ao contrário das profissionais do sexo, as usuárias utilizam da venda de seus corpos com a única finalidade de sustentar seu vício, não estabelecendo vínculo com os clientes e nem mesmo elegendo locais apropriados para a prática. Dessa maneira, os programas são realizados por preços ínfimos e, muitas vezes, tendo de abrir mão de preservativos sobre a promessa de maior remuneração.

De acordo com Rodrigues e Pimenta (2006, p. 50), o número de profissionais do sexo que criam a dependência após o ingresso nesse mercado é relativamente pequeno, dessa forma a maioria das chamadas "prostitutas toxicodependentes" recorreram a prostituição após instalada a dependência. Assim, essas mulheres, que precisam de grande quantidade de dinheiro para sustentar o vício, encontram na prostituição um meio de evitar outros comportamentos enquadrados como crime, tais como o tráfico de drogas, o roubo e o furto. Por conseguinte, percebe-se que, nesses casos, quando a mulher adere a programas de tratamento de toxicodependência, ela acaba consequentemente abandonado a prostituição (RODRIGUES e PIMENTA, 2006, p. 52).

Nesse cenário, as inúmeras gestações não planejadas são, na maioria das vezes, frutos da prostituição. Além disso, os bebês gerados nascem prematuros e com más formações em virtude da continuação do consumo das substâncias durante a gravidez (MARTINS-COSTA, 2009, p. 334). Assim, o álcool, por exemplo, consegue atravessar facilmente a barreira da placenta que envolve o bebe, e possui, como consequência mais grave a chamada síndrome fetal alcoólica, cujas consequências são o retardo no crescimento intrauterino, déficit mental, alterações cardíacas e muscoesqueléticas. Já a cocaína, quando utilizada na gravidez, também é capaz de atravessar rapidamente a parede placentária, agindo diretamente no feto, sendo capaz de causar malformações cardíacas, urogenitais e no sistema nervoso central da criança (YAMAGUCHI et al, 2008, p. 45-46).

Como se sabe, o Código Civil, classifica como incapazes relativamente os ébrios habituais e os viciados em tóxico. A questão que se coloca é como compatibilizar a autonomia resguardada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com a vulnerabilidade que essas mulheres se encontram no que diz respeito aos seus direitos reprodutivos. De acordo com Clève (2017, p. 06), a autonomia e dependência dos dependentes químicos somente podem ser aferidas caso a caso, por meio de determinação de um médico especialista. Assim, não é possível estabelecer uma lei geral sobre o assunto que não leve em consideração a capacidade de discernimento do usuário no caso concreto.

No contexto das internações compulsórias, por exemplo, têm se entendido que a única forma de se utilizar da intervenção estatal como proteção – e não como sanção – é exigindo um parecer técnico especializado que auxiliará o juiz a determina o limite da capacidade do sujeito. Nesse sentido, a análise da perda do discernimento pelo usuário, não pode ficar a cargo apenas do juiz ou do gestor

público, sendo imprescindível a análise prévia e casual por uma equipe disciplinar (CLÉVE, 2016, p 07).

Como bem salienta o Sarlet (2017), a simples dependência química não pressupõe uma ausência de capacidade, sendo necessário, antes de qualquer eventual medida coercitiva estatal, avaliar, por meio de laudo psiquiátrico, se daquele vício em específico resultaram graves transtornos mentais. Portanto, a análise da capacidade de cada usuário deve ser aferida caso a caso.

Segundo Martins-Costa (2009, p. 344), por se ater a aspectos da personalidade e da autonomia existência, a capacidade de consentir deve ser buscada ao máximo antes que o Estado utilize de meios coercitivos. Portanto, ela sugere que, por meio de uma equipe multidisciplinar, se busque chegar ao esclarecimento da gestante acerca de sua situação. No entanto, casos extremos de vulnerabilidade e ausência de discernimento não podem ser desconsiderados em face a todas as possíveis consequências que o mundo das drogas e da prostituição podem trazer não só para a gestante, mas também para os seus futuros filhos.

2 Liberdade Reprodutiva vs Políticas Públicas de Saúde

Na Constituição Brasileira – embora o livre planejamento familiar esteja garantido no art. 226 – não há nenhum dispositivo que trate especificamente sobre está temática. Portanto, a regulamentação da matéria fica a cargo do Relatório produzido durante a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento na cidade do Cairo, Egito, em 1994. Essa normativa, além de tratar exaustivamente da questão, ainda a insere no escopo dos direitos humanos, conforme se deduz do princípio 8º que dispõe que "[...] Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção [...]".

Esse relatório, no entanto, ratificado pelo Brasil, se insere no ordenamento jurídico pátrio uma vez que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição federal diz que os direitos ali expressos não se excluem a adoção de princípios adotados pelo texto magno – ainda que implicitamente – e tratados internacionais dos quais o país seja parte.

Nesse sentido "a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher", realizada em Pequim, em 1995, também ratificado pelo Brasil, também traz prerrogativas a respeito da liberdade sexual e reprodutiva da

mulher. Assim, no princípio 96 da referida Declaração (1995, p. 179) dispõe que "os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência [...]".

Nessa perspectiva, devem ser entendidos não só as ações ligadas ao acompanhamento da gestante – antes, durante e após o parto – mas também a informações, orientações, assistências, prevenções de doenças, fornecimento de insumos aptos ao controle de natalidade. Dessa maneira, deve-se compreender não só o direito de ter filhos, mas também o direito a sexualidade e ao planejamento familiar responsável (RIBEIRO, 1993, p. 401).

Barcellos (2005, p. 90) dispõe que há três formas de dar cumprimento aos direitos sociais expressos no Texto Magno: por meio do poder judiciário, por meio do poder legislativo e por meio do executivo. Desse modo, as decisões judiciais abordam os direitos sociais no caso concreto e, apesar de constituir um importante instrumento de implementação desses direitos, abordam apenas aspectos pontuais dos princípios, não impactando – em regra – o macrossistema. Já o legislativo é capaz de abordar os direitos sociais em uma perspectiva geral e abstrata, capaz de abordar um maior número de cidadãos, mas não possui a necessária concretude para – por si só – ser capaz de garantir as prestações constitucionais.

Assim, o meio mais eficaz de efetivar os direitos prestacionais, e conduzi-los às finalidades impostas pela ordem jurídica é por meio das Políticas Públicas implementadas pelo poder Executivo (BARCELLOS, p. 90). Dallari Bucci (2006, p.14) descreve-as como "um conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública".

Embora muitas Organizações não Governamentais (ONGs) feministas tentem desde meados dos anos 70 imporem uma política eficaz que de atenção ao corpo feminino, a tradição cultural e religiosa ainda designa pouca (ou nenhuma) importância a sexualidade da mulher. "A abordagem franca dos temas e conceitos reprodutivos acarreta, amiúde, graves tensões entre os costumes, crenças, hábitos comunitários" (FARAH, 2014, p. 55). Por conseguinte, tais políticas encontram fortes barreiras na burocracia, na crise econômica, na falta de interesse dos representantes eleitos, conflitos ideológicos, ausência de informação e distorções culturais (RIBEIRO, 1993, p. 406).

Ao encontro desse posicionamento, Ávila (2003, p. S466), ressalta que o modelo de políticas públicas que deve ser buscado deve ser capaz de promover uma libertação igualitária, em vez de prescrever padrões comportamentais a serem adotados. Dessa maneira, deve-se abandonar a lógica da prescrição e controle para se adotar discursos voltados para a ética e a liberdade.

No que tange aos direitos reprodutivos, o Planejamento Familiar é conceituado pela lei como sendo conjunto de ações que possibilite a constituição, o aumento ou a limitação dos filhos. No entanto, a própria norma, art. 2º parágrafo único, proíbe a utilização de medidas estatal destinada a intervir no crescimento ou na diminuição demográfica, pois ela entende que esta deve ser uma decisão exclusiva da família e não de grupos sociais. "Assim, o planejamento familiar não deve conduzir ao induzimento do comportamento social de quantos filhos um casal deve ou pode ter" (PERROTTI, MACHADO PERROTTI e MACHADO, 1998, p. 49).

Dentre os inúmeros benefícios de um planejamento familiar adequado destaca-se: melhor controle na aquisição e consumo da família, redução da taxa de mortalidade materna; diminuição de abortos clandestinos, menor risco de a prole apresentar alguma deficiência intelectual ou por doenças infecciosas. Além do mais, estudos demonstram que esse tipo de política melhoram o relacionamento conjugal e entre os filhos (FARAH, 2014, p. 55).

De acordo com Perrotti, Machado Perrotti e Machado (1998, p. 50) dentre os métodos contraceptivos mais comuns, encontra-se os de barreira mecânica, tais como preservativos, diafragmas, espumas. No entanto, com o avanço da medicina, muitos desses métodos foram substituídos por outros mais modernos, tais como dispositivos intra uterinos (DIU), anticoncepção oral, esteroides, esteroides injetáveis de duração prolongada, dentre outros. Em 2005, o Ministério da Saúde passou a ofertar, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS) todos os meios contraceptivos existentes (FARAH, 2014, p. 55), apesar dessa política não ser muito divulgada.

O parágrafo único do artigo 3º da lei 9263/96 trouxe um rol exemplificativo de políticas púbicas que trazem a previsão ao atendimento pré-natal, à contracepção, à assistência ao parto, ao controle de doenças sexualmente transmissíveis e à prevenção do câncer de colo de útero. Nesse diapasão, – sem adentrar no mérito da ineficácia de promulgação de leis sem sua associação a programas de governo da Administração Pública, conforme apontado por

Barcellos – percebe-se que a lei de planejamento familiar tentou trazer algumas políticas públicas de saúde para a legislação ordinária.

No entanto, a lei pecou quando aplicou uma ótica eminentemente prescricional e controladora em muitos outros dispositivos, sem se preocupar com a liberdade de escolha na promoção ao direito reprodutivo e sexual. Dessa maneira, também é possível encontrar na lei 9263/96 sanções penais aos médicos e às próprias mulheres sem que se perceba a presença de um bem-jurídico tão específico como o penal. A título de exemplo, o art. 15 da lei prescreve pena de reclusão de dois a oito anos, além de multa, ao agente que – médico ou cidadão – que realize procedimento de esterilização cirúrgica voluntária em desacordo com o prescrito na lei.

De acordo com Farah (2014, p. 56), os riscos reprodutivos são agravados devidos à baixa escolaridade e aos aspectos socioeconômicos, portanto, é papel do planejamento reprodutivo reconhecer preventivamente estes fatores de riscos, devendo estar atentos aos grupos sociais e raciais marginalizados. A lei de planejamento familiar, no entanto, não se estende em apresentar as várias formas de contraceptivos encontrados no mercado, ou a explorar as formas educativas de apresentá-las a população.

No que se refere a prostituição, por exemplo, segundo Monteiro e Villela (2015, p. 532), o estigma produzido às profissionais do sexo influi não só na segregação dessas mulheres, mas também reduz seu acesso a serviços de saúde, informação e recursos que as permitiram uma melhor qualidade de vida. Assim, em um estudo realizado em 2010, com 2.523 prostitutas em dez cidades brasileiras, metade delas informaram nunca terem comparecido a uma consulta ginecológica, enquanto 40% disseram não terem procurado nenhum serviço de saúde quando apresentaram algum problema de saúde sexual. Nesse caso, ainda deve-se considerar que a vulnerabilidade a que estão expostas as prostitutas toxicodependentes é ainda muito maior.

No que tange a esterilização coercitiva, conforme já mencionado brevemente no último capítulo, o art. 10, § 6º da Lei 9263/96 condicionou o procedimento a autorização judicial. Conforme aponta Martins-Costa (2009, p. 302), o simples aconselhamento médico ou pedido familiar não é capaz de obrigar a gestante a realizar o procedimento, ainda quando se trata de sujeito incapacitado, sendo o juiz o único legitimado para deferir a medida.

Martins-Costa (2009, p. 344) defende que, antes de recorrer ao judiciário, deve-se buscar ao máximo o consentimento esclarecido da paciente, entendido como o consentimento obtido apenas após uma explicação simplificada e clara sobre todos os procedimentos a serem realizados e suas respectivas consequências para a paciente. A autora, no entanto, considera legítima a intervenção judicial em casos de extrema vulnerabilidade social, sugerindo ao Conselho Federal de Medicina que estipule critérios capazes de auxiliar os juízes na formulação dessas políticas, tais como a impossibilidade fática ou extrema de utilização de outros métodos contraceptivos.

Em 2001, o Conselho Nacional de Ética para a Ciência da Vida, em Portugal, na tentativa de regulamentar a esterilização de menores portadores de deficiência mental profunda, editou o Parecer 35/CNECV/01 que estabeleceu critérios de quando poderia ocorrer, ressaltando que essa medida só poderá ocorrer em casos extremos, como último recurso. Nesse sentido, – sem entrar na discussão sobre a legitimidade dessa medida para o caso em específico de menores deficientes mentais – acredita-se que os critérios apresentados podendo ser importados para a discussão com o uso da interpretação analógica.

Assim, o parecer estabeleceu que a decisão judicial deveria ser fundamentada em três instrumentos: 1) o relatório médico, que deve demonstrar que a deficiência mental é profunda e irreversível e que nenhuma outra contracepção não-cirúrgica é capaz de prevenir a gravidez. Além disso, esse relatório deve ser subscrito por médicos especializados em psiquiatria, neurologia, ginecologia e pediatria; 2) o relatório de assistente social, que deve demonstrar as condições de apoio médico, social e familiar da paciente e a capacidade de superação dessas adversidades; e, por fim, 3) a declaração dos pais ou outros representantes manifestando a concordância ou discordância da medida.

3 Dignidade da Pessoa Humana e Teoria da Proporcionalidade

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), – como valor supremo – definindo-o como fundamento da República, e não somente. A dignidade vem atrelada aos direitos fundamentais, embasando-os ou restringindo-os (NOVAIS, 2018, p.15). Sendo assim, na visão de Barroso (2010, p. 17), é o princípio que

fundamenta os direitos fundamentais e ao mesmo tempo os controla, sendo então parâmetro, fundamento e critério de ponderação.

Por isso, o sistema de direitos e garantias fundamentais é amplo e aberto, com o fim de concretizar diversas perspectivas humanas. E advém daí a sua maior crítica, justamente pela não taxatividade torna-se difícil conceituá-lo e, por conseguinte, restringi-lo, o que por vezes banaliza o seu uso (NOVAIS, 2018, p.23). Importante conceito é o elaborado por Sarlet, para ele:

> A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 60)

O que se tem claro é a perspectiva de que a dignidade engloba noções valorativas e principiológicas, cujo valor no ordenamento constitucional deve ser considerado superior e legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada, individual ou coletiva. Trata-se, portanto, de uma valor-guia de toda a ordem jurídica, sendo que o caráter instrumental desse princípio se evidencia na possibilidade de ser utilizado como parâmetro objetivo de aplicação, interpretação e integração de todo o sistema jurídico (BARROSO, 2010, p.11).

Nesse sentido, percebe-se, que a dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do direito natural, para se converter em um princípio autônomo, intimamente conectado à realização e concretização dos direitos fundamentais. Dessa forma, ela impõe limites à atuação estatal e particular, visando a mais ampla proteção do ser humano (SARMENTO, 2016).

É importante frisar que há interferências históricas, políticas e religiosas na fruição da dignidade, mas é certo que a moralidade subjetiva, assim como a autonomia privada do homem, é elevada a princípio, como precocemente defendeu Kant ao instituir as bases dos direitos humanos (KAUFMANN, 2002, p.95). Assim, cria-se o imperativo categórico em que o homem deve agir para que a máxima da vontade possa vigorar sempre e, simultaneamente, como princípio de uma legislação universal, com a aplicação da racionalidade moral em uma perspectiva internacional.

Por conseguinte, como demonstrado acima, na perspectiva citada por Kant, a dignidade é algo que possui um valor em si, ou seja, algo que não tem um preço. Dessa forma, a dignidade do homem em Kant concerne a ideia de que ele é um fim em si mesmo e não um meio (SARMENTO, 2016, p.107). Ou seja, ele não pode ser a condição para algo por que possui faculdade de liberdade e razão.

Nesse contexto, o que fica claro é que – apesar da dificuldade de definição e emprego de parâmetros para a aplicação – todos os seres humanos – a despeito das diferenças tanto biológicas quanto culturais e econômicas – merecem igual respeito. Além do mais, é o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém pode afirmar-se superior aos demais. Todavia, Barroso (2010, p.25) argumenta que, apesar disto, o conceito de mínimo existencial é ínsito à ideia de dignidade humana, ou seja, os seres humanos necessitam daquelas provisões básicas para viver dignamente.

Segundo Sarmento (2016, p. 125), para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam desses patamares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar mera ficção e inexistir a verdadeira dignidade humana. Dessa maneira, nas palavras do autor, a falta de autodeterminação e liberdade trazem uma restrição fática ao mínimo vital e, consequente na fruição da dignidade humana e seus vários aspectos, notadamente "por pessoas concretas, em situação de penúria e vulnerabilidade" (SARMENTO, 2016, p.157).

Por conseguinte, é importante frisar que nenhum direito humano é absoluto, pois há restrições inerentes a sua aplicação – especialmente se frente a outro direito fundamental. Todavia, para além das restrições usuais que concernem a implantação de qualquer direito humano, existe também a restrição própria do indivíduo, que não detém a autonomia pela falta de capacidade de fato. Assim, a dignidade é valor, fundamento e critério, sendo, então, fundamental ao homem. Não obstante, para ser aplicada há um mínimo a perfazer a condição de humano, sendo necessário muitas outros substantivos para efetivação concreta.

Seguidamente, sobre a autonomia, explana Sarmento que a dignidade é fundamento da autonomia privada, podendo ser definida como "corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida" (SARMENTO, 2016, p.135). Portanto, no embate entre autonomia privada e a interferência estatal para a restrição a qualquer direito fundamental há grandes divergências.

Sobre esse tema, durante o julgado sobre a legalização da maconha o Ministro Edson Fachin utilizou Santiago Nino para defender que se não há lesão ao bem jurídico alheio, não pode o Estado interferir na esfera de privacidade, intimidade e liberdade que a autodeterminação individual corresponde. Valendo-se do julgado, Sarmento cita o Ministro Luís Roberto Barroso que também defendeu o indivíduo contra o paternalismo Estatal, destacando que:

> Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade (SARMENTO, 2016, p.145)

Deste modo, os limites para a restrição a autonomia privada pela interferência Estatal não seguem nenhuma norma e devem ser empiricamente aplicados caso a caso, especialmente na restrição de direitos de pessoas que tem incapacidades, no qual o Estado detém maior responsabilidade na proteção do indivíduo.

Neste diapasão, adentrando ao tema central do artigo, nos casos de esterilização coercitiva existe a interferência Estatal na liberdade reprodutiva da mulher toxicodependente. O artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que no exercício de seus direitos e liberdade, todo homem está sujeito às limitações determinadas pela lei, com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade democrática.

Sobre tal perspectiva Moreira afirma que "o direito geral de liberdade, por possuir um âmbito de proteção extremamente amplo, pode entrar em conflito com diversos direitos fundamentais de outras pessoas como o direito à vida ou à segurança" (MOREIRA,2015, p.180-181). Além do mais, a questão se torna ainda mais complexa ao se analisar a situação da prole já existente e da prole eventual.

Dentro desta análise, segundo Djalma Moreira Gomes Júnior, juiz responsável pelo caso, dos oito filhos de Janaína, três foram adotados e um quarto estaria em processo de adoção, enquanto um estaria em abrigo e um outro filho estaria passando por tratamento contra dependência química (MARTINELLI, ANTUNES, 2018, s.p.). Nesse sentido, não só a dignidade plena da mulher toxicodependente é afetada pela sua incapacidade de fato como também a de seus rebentos ao não lhes proporcionar segurança e estabilidade.

Assim, para além da dignidade como fundamento dos direitos fundamentais há também no caso proposto a limitação de um direito, a dificuldade de análise se dá pela restrição não ser legalmente imposta, mas judicialmente imposta o que afetou o direito fundamental a liberdade reprodutiva. Sabe-se que nenhum direito fundamental é ilimitado, a própria relatividade é característica destes, o problema não está na restrição do direito fundamental, mas sim na definição dos possíveis conteúdos e extensão dessas restrições (SILVA,2002, p.25).

Assim, para se verificar até onde se pode restringir um direito a teoria mais utilizada é da proporcionalidade, que surgiu originalmente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (MARTINS,2003, p.17). Segundo Moreira

> A escolha do próprio projeto de vida está dentro da esfera do indecidível a qual o legislador não pode interferir, ou seja, em nenhuma hipótese é possível ao Estado decidir o plano de vida da pessoa humana, podendo limitá-lo em sua realização de forma proporcional, com vista a satisfazer direitos fundamentais de outras pessoas. (MOREIRA,2015, p.183-184)

O critério da proporcionalidade pode ser dividido em duas vertentes, de um lado, busca a proteção dos direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição Federal, inibindo a arbitrariedade e a discricionariedade dos juízes e de outro, funciona como parâmetro na resolução de conflitos. No presente estudo aplicar-se-á na primeira vertente e sobre tal é importante citar que o critério da proporcionalidade não é capaz de eliminar os aspectos subjetivos da decisão, porém, pode ser extremamente útil para auxiliar a construção de decisões judiciais mais racionais e claras

Sabe-se que no Brasil, a proporcionalidade não tem previsão expressa, mas existe como norma esparsa no texto constitucional (SILVA,2002, p.45), tal concreção da proporcionalidade pode ser visualizada na dicção do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que ressalva a existência de outros direitos fundamentais, ainda que não expressos na Constituição cidadã.

Neste diapasão, pode-se correlacionar a proporcionalidade com respaldo no princípio da reserva legal (art. 5º, § 2º) e se converte no denominado princípio da reserva legal proporcional e no princípio do devido processo legal substancial (MOREIRA,2015, p.178). Nota-se que a proporcionalidade é um meio de racionalizar e embasar certa segurança jurídica. Portanto, se perfaz analisar a situação no âmbito dos três requisitos que fazem parte da fórmula da técnica da

proporcionalidade, sendo eles a adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito.

O primeiro requisito é a adequação, que exige aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim (SILVA, 2002, p.36). Seguidamente, o segundo elemento é o exame da necessidade do meio escolhido através da comparação entre as outras possibilidades-meios, que não atingiram restrição ao princípio. Após a análise dos dois elementos, e se ainda restar dúvida quando a legalidade da limitação ao direito fundamental, se perfaz útil aplicar o terceiro requisito da lei da proporcionalidade (SILVA, 2002, p.39).

Nesse sentido, o elemento apontado seria a proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde a ponderação feita com base na intensidade da intervenção no princípio contraposto pelo meio escolhido, de tal forma que haja justificativa ponderável para a restrição do direito. Apesar das críticas (MARTINS, 2003, p.36) em relação ao grau de subjetividade garantida pelo subcritério da proporcionalidade em sentido estrito, Moreira (2015,p. 180) defende que a proporcionalidade pode ser utilizada corretamente ao seguir todos os passos o que possibilitaria que a decisão do caso concreto fosse racionalmente aplicada.

Assim, apesar da teoria da proporcionalidade não estar formalmente elencada no ordenamento jurídico, ela é doutrinariamente bem aceita no Brasil (SILVA, 2002, p.45), sobre tal Moreira (2015, p. 180) conclui que seria a melhor forma de se averiguar a justificação de limitações a direitos fundamentais. Desta forma também pensa Vicente ao afirmar que:

> O que o método do princípio da proporcionalidade prescreve é a fundamentação, cobrando o seu significado material indiretamente através desta relação privilegiada entre procedimento e validade, forma e conteúdo. Pois, se a experiência histórica nos ensina que sempre se teve de optar entre validade e procedimento, vemos como aqui estes se aliam na medida em que o procedimento é um procedimento de validade (sem que esta tenha de abdicar, porém, da sua dimensão normativo- -axiológica). (VICENTE,2014,p.79)

Ao se analisar os regramentos quanto ao planejamento familiar, capacidade, autonomia e dignidade humana pelo viés do direito reprodutivo, o grande questionamento que se pretende responder é se houve proporcionalidade na restrição do direito reprodutivo da mulher usuária de drogas. Logo, com o fim de responder a tal questionamento se coaduna a análise dos pontos anteriormente explicitados com a explanação exemplificativa do caso ilustrado.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira assegura o direito ao planejamento familiar com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, todavia nas mulheres toxicodependentes esse viés se encontra afetado no âmbito da autodeterminação. Sabe-se que a autonomia é a principal fonte de valoração da ação humana, é conceito-chave na ligação entre a área pública e privada, ao estabelecer a intervenção nestas esferas e preconizar a pacífica coexistência social de dois conceitos morais, de tal forma o nosso sistema jurídico interno (moral) se correlaciona com o externo (moral social, direito) efetando assim a capacidade de autodeterminação do sujeito, suas escolhas (VENTURA, SCHRAMM, 2009).

O conceito de autodeterminação "gestão pessoal de si mesmo, que não é interferida pelo controle dos outros nem por escolhas que dificultam a expressão de intenções, como limitações pessoais com compreensão insuficiente" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138- 139 in VENTURA, SCHRAMM, 2009). Atualmente, uma das teorias bioéticas mais amplamente utilizadas para resolver conflitos na prática biomédica é a teoria dos quatro princípios - equidade, beneficiencia, não maleficiencia e justiça. Seu conceito foi incorporado em vários padrões, diretrizes e protocolos para a atenção à saúde humana e pesquisa. Nesse sentido, contém o "princípio do respeito à autonomia", que exige apenas que as ações sejam basicamente autônomas, não contando com as condições ideais para o exercício da autonomia, são considerados capazes de fazer escolhas parcialmente autônomas.

Um ponto consensual na discussão jurídica atual é que a autonomia do indivíduo com relação à sua própria vida e / ou a disposição das partes do corpo não é ilimitada, e a liberdade do indivíduo com relação à sua própria vida. Ademais, autonomia deve ser restringida / substituída pelo conceito de proteção e garantia da dignidade humana (MORAES, 2003). Quando há um conflito de princípios, direitos e interesses, o método mais comum na revisão legal é pesar a situação específica e definir o resultado apropriado para garantir que o valor da mercadoria sacrificada seja inferior ao interesse maior. Para Foucault (1992), "os corpos são tomados por diferentes dispositivos de assujeitamento", as vezes as sujeições são as próprias capacidades e liberdades internas.

4 A Análise da Esterilização como Política Pública

Ao elencar ao caso das mulheres incapacitadas pelo uso de drogas e coercitivamente forçadas a esterilização, traz-se a baia a análise com relação a dignidade como fundamento dos direitos e como proporcionalidade para a interferência estatal no direito reprodutivo. Assim, a política da esterilização seria então a medida mais proporcional para a restrição do direito fundamental a liberdade reprodutiva?

Ressalta-se que não pretende o artigo fazer uma análise completa do caso Janaína, citado na introdução deste texto, mas apenas utilizá-lo como base de análise para a esterilização de mulheres incapacitadas pelo uso de drogas. Uma vez que a técnica da proporcionalidade é aplicada sobre casos concretos, e o elencado será um ótimo exemplo do que acontece reiteradas vezes por inúmeras mulheres toxicodependentes pelo país.

Nessa linha, inicia-se a análise da ponderação pelo primeiro elemento, a adequação da medida, ou seja, a aptidão da restrição para se alcançar o meio. Dessa forma, o direito restringido é o direito a reprodução, que abrange concepção e contracepção (CEDAW, 2004, art. 2°), no caso, a esterilização forçada foi o meio encontrado para a contracepção.

Tal medida, para o caso concreto exemplificado foi respaldada no fato de que Janaína já teve oito filhos e a situação de insegurança que afetou as crianças fez surgir a obrigação do Estado de proteger tais indivíduos, sendo os mesmos colocados em adoção. Portanto, a omissão da mãe em suprir as necessidades das crianças ensejou a afetação da dignidade e da vulnerabilidade dessa prole, como determina a inteligência do artigo 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse regramento determina que a criança e o adolescente devem ser mantidos a salvo de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Dessa maneira, a situação de dependência, leva ao constante cometimento de crimes, o que pode culminar, e culminou, na prisão da mulher, de modo que a vulnerabilidade das crianças em tal circunstância é demasiadamente alta. De tal forma, o Estado não se quedou omisso e a perda da guarda e a doação dos menores foi uma medida certa e a melhor proteção a eles.

Isto, sem falar do fato de que as mulheres toxicodependentes não conseguem ter uma gestação segura já que não suspendem o uso de drogas durante a gestação, o que gera ao feto enormes riscos de deterioração motora e neural (MARTINS-COSTA, 2009). No entanto, não só a situação do feto é preocupante,

mas também as condições em que foi gerado, já que muitas mulheres viciadas em tóxicos são moradoras de ruas e se prostituem para ter condições de comprar drogas.

Soma- se a isto, o fato de algumas drogas injetáveis, bem como coito sem proteção alargam as chances de o feto deter doenças sexualmente transmissíveis como a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). Sobre o tema é importante citar que:

> No caso das prostitutas toxicodependentes, além da deterioração biopsicossocial que as caracteriza, mostram-se, também, pouco receptivas a programas clássicos de tratamento com objetivos de abstinência. No contacto de terreno, estas mulheres verbalizam descrença e desmotivação no tratamento e na própria capacidade em conseguirem aderir ao mesmo. (PIMENTA, RODRIGUES, 2006, p.54)

Logo, o desamparo social da gestante ou mesmos das já mães toxicodependentes é ponto fulcral de análise, pois consistem no meio para a tomada de decisões por estas agentes, logo, a deficiência no discernimento provocada pelo uso de drogas é meio e fim para suas atitudes. Dessa forma, apesar de a Carta Magna afirmar que a capacidade jurídica é atributo próprio do sujeito de direitos, esta aptidão jurídica é superafetada na deficiência mental que a droga provoca (MARTINS-COSTA, 2009).

Nessa perspectiva, mulheres viciadas em drogas detém falta de autonomia na tomada de decisões, pois seu vício pode torna-la incapaz de deliberar e de manter suas escolhas. Portanto, com o fim de proteger eventual prole, a contracepção tornou-se uma medida essencial para se cessar a agressão a dignidade dos filhos e ou da prole eventual e necessidade do Estado de prover tais indivíduos. Como bem esclarece Martins-Costa, é:

> com lamentável frequência, às maternidades dos hospitais veem chegar meninas e moças gestantes drogadas, sexualmente promíscuas, apresentando variados graus de comprometimento mental em razão de suas condições de vida (maus-tratos, carências familiares e, fundamentalmente, uso de drogas, causando, por conexão, a prostituição voltada à obtenção de drogas). A maioria delas já é mãe de crianças dadas para adoção, criadas na rua, entregues aos cuidados de parentes (MARTINS-COSTA, 2009, p.300)

Assim, a contracepção é medida adequada. Por mais importante que seja o princípio da autonomia privada, não se pode ignorar os interesses e direitos de terceiros, como por exemplo dos filhos.

Na sequência, o próximo elemento a ser analisado seria a necessidade da medida. Nesse sentido, um exame comparativo dos meios que ensejam o mesmo fim se perfaz cabível já que outras medidas poderiam ter sito tomadas para que a contracepção fosse perquirida (SILVA,2002).

Sabe-se que o direito reprodutivo – como acepção do direito fundamental a saúde e como pleno desenvolvimento da personalidade– deve ser amplamente auferida pelo Estado às populações em situação de vulnerabilidade (PONTELI, CURTI, SILVA, 200?). Como visto anteriormente, o Estado provém acesso aos direitos sociais, como o da saúde por meio de políticas públicas, que possam assegurar o amplo acesso da população ao planejamento familiar, contracepção e, ainda, a toda assistência à gestante e parturiente. Isso como forma de aplicação da equidade social ao reduzir a desigualdade de acesso e permitir a igualdade de oportunidade entre as mulheres (PONTELI, CURTI, SILVA, 200? s.p.).

Como forma exemplificativa de acesso as políticas do SUS (Sistema Único de Saúde), o Ministério da Saúde elencou algumas ações dentre elas a ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no SUS, a elaboração e distribuição de manuais técnicos e de cartilhas educativas, a capacitação dos profissionais de saúde da atenção básica para assistência em planejamento familiar, a ampliação do acesso à esterilização cirúrgica voluntária no SUS, a ampliação do Programa Saúde e Prevenção nas Escolas e etc. (BRASIL, 2010, s.p.).

Não obstante, apesar dos vários métodos anticoncepcionais que o SUS disponibiliza (BRASIL, 2010, s.p.), há certa dificuldade fática em se controlar o uso de camisinhas ou pílulas anticoncepcionais, considerando a situação das mulheres toxicodependentes. Dessa forma, no exame comparativo de métodos contraceptivos haveria outro que restringiria o direito reprodutivo em menor gradação e que atingiria o fim da contracepção?

Contrariamente, tem-se que a esterilização seria uma grave violação, ao tratado ratificada pelo Brasil, CEDAW (CEDAW- Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher,2004), que veda, no artigo 12 da Convenção, a esterilização sem consentimento. Logo, a esterilização forçada contrariaria os direitos consagrados no tratado ratificado e também a lei sobre a laqueadura já amplamente debatida.

Outra grave crítica a medida advém ao se pensar não só no caso concreto em si, mas na esterilização como política pública de contracepção aplicada a todas as mulheres toxicodependentes. Sobre tal perspectiva, Clève (2017, p. 11)

argumenta que se "não atendidos os direitos fundamentais, infelizmente qualquer política pública com suporte na boa-fé e no atendimento à organização do espaço público poderá beirar a políticas higienistas do começo do século XX".

Segundo defende Martins-Costa, é preciso averiguar as possibilidades de a paciente "seguir métodos alternativos de contracepção, pois a ligadura de trompas é sempre a última medida" (MARTINS-COSTA,2009, p. 336). Como mesmo defende a própria cartilha do governo, a esterilização é concedida pelo SUS, mas é medida última e para tal a decisão passa por uma equipe de aconselhamento (BRASIL,2010, p.234).

Todavia, a liberdade de reprodução das mulheres toxicodependentes, que demonstram na maioria das vezes um comportamento irresponsável da concepção influi não só nas mulheres, nos filhos, na família, mas também em toda a sociedade ao gerir a situação. Dessa maneira, a laqueadura é o único meio que garantiria a contracepção ao se levar em conta a irresponsabilidade e falta de tato com a prole, dada a situação das mães. Conclui-se, pois, que houve adequação e necessidade já que o Estado deve prover medidas de proteção ao indivíduo, incluindo proteção contra si mesmo.

Seguindo a análise do último item, a proporcionalidade em sentido estrito, "que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido [...] que fundamenta a adoção da medida restritiva" (SILVA,2002, p.40). Logo, a interferência do Estado no processo de restrição ao direito reprodutivo é proporcional? Sobre tal,

> Se a conclusão é pela incapacidade, o médico, escaldado pela possibilidade de uma condenação consequente aos rigores da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, deve dispor da prévia autorização judicial, sob pena de não realizar a cirurgia. Quando não ocorre a perda do objeto - pois os delongados prazos judiciais possibilitam que mulher volte a gestar após a gravidez - a autorização judicial é seguidas vezes negada. Por vezes, o juiz entende a laqueadura de trompas como uma "pena" imposta a quem "não tem culpa" de ser insana e, por outras, recomenda aos familiares, informalmente, ou aos tutores e curadores, quando é o caso, também o ônus de estabelecer as medidas de controle adequadas ao sexo responsável por parte de moças incontroláveis e irresponsáveis ... (MARTINS-COSTA, 2009, p.302)

Como se vê no trecho narrado por Martins-Costa, a interferência estatal no direito reprodutivo ocorre em última medida. Isto advém dos regramentos existentes, da determinação do Ministério da Saúde (BRASIL,2010, p.235) na utilização da laqueadura como um método definitivo e de difícil reversão, por isso

um método último. Para casos de toxicodependentes, a restrição ao direito reprodutivo vem não só pelos motivos anteriormente citados, como também pela demora na análise dos casos pelo judiciário ao sanar o elemento do consentimento.

Outrossim, como visto nos capítulos anteriores a Carta magna protege o valor de autodeterminação da pessoa humana como consequência da primazia da dignidade, já as leis específicas como por exemplo a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, veda em seu artigo 12° a indução ou instigação à prática da esterilização cirúrgica. Portanto, a esterilização forçada nestes termos sofreria de ilegalidade para além da lesão a autodeterminação – a dignidade da pessoa humana – estaria, ainda, os agentes que induziram a esterilização, submetidos a responsabilidade civil e mesmo a responsabilidade criminal ao se tratar de profissional da saúde.

Isto, pois o "planejamento familiar não pode ser imposto pelo Estado nem está sujeito a uma decisão do profissional da saúde, a tanto não indo o paternalismo jurídico (MARTINS-COSTA, 2009, p.302). Dessa maneira, torna-se medida de exceção – e não regra – o uso da esterilização como medida de controle do direito à liberdade de reprodução de mulheres incapacitadas pelo uso de drogas.

Ademais, pode-se concluir que o planejamento é política pública, mas a restrição por esterilização forçada é medida última e por tal fato, não deve ser chamada política pública de esterilização. Conclui-se que, após a denúncia dos fatos, respaldada por um processo que foi devidamente instruído com ampla defesa e ligado pela precisão do caso concreto, o juiz poderia interferir no direito reprodutivo, pois tal medida se mostra proporcional.

Conclusão

Com todo o exposto, fica claro que os limites para a restrição da autonomia privada pela interferência Estatal no caso de mulheres viciadas no uso de drogas não seguem nenhuma norma referente ao quantum de restrição, e muito menos sobre que situações se pode e ou deve-se aplicar a restrição. Na abordagem de mulheres toxicodependentes grávidas e ou mães a falta de capacidade e autonomia restringem a dignidade destas e de seus rebentos colocando-os em situação de alto risco.

Nessa medida, voltam-se os olhos a prole que, se não amparada pela família destas mulheres, é amparada pelo Estado. Todavia, muitas vezes são crianças que já sofreram ou limitações no desenvolvimento provocado pelo uso

de drogas e ou fáticas pelas condições de vida. Assim, fala-se em uma restrição a um direito fundamental aplicado a realidade fática do caso, uma vez que não há aplicação da proporcionalidade na restrição de princípios de direito fundamental sem uma concretude.

Ademais, é necessário aferir, caso a caso, o limite da capacidade e a extensão da vulnerabilidade dessas mulheres, pois – embora estejam incapacitadas pelo uso das drogas – é possível que ainda exista certa dose de autodeterminação capaz de orientá-las no processo decisório. Daí seria recomendada a realização de perícia médica e, caso verificada a existência de algum nível de capacidade, sob a presença de equipe multidisciplinar, persistir na busca da vontade real da paciente.

Conquanto, busca-se a proporcionalidade empiricamente aplicada já que o objetivo da esterilização não é eugênico, mas sim, a restrição a capacidade reprodutiva na falta de controle e planejamento familiar por mulheres incapacitadas. Convergindo assim, a análise não só da mulher, mas na prole eventual.

Portanto, deve-se ponderar empiricamente a restrição ao direito reprodutivo pela esterilização caso a caso, especialmente, na restrição de direitos de pessoas que tem incapacidades, no qual o Estado detém responsabilidade na proteção do indivíduo, e maior ainda na aplicação de um método contraceptivo definitivo.

REFERÊNCIAS

IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*, Pequim, 1995.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. *Cadernos de Saúde Pública,* v. 19, p. S465-S469, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, *Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público*. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. Individualismo e organicismo. In: _____. *Liberalismo e democracia.* Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasileira, 1994, p. 45

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 9 de setembro de 2020

BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm > Acessado em: 12 de agosto de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde sexual e saúde reprodutiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. *Cadernos de Atenção Básica, n. 26, Série A, Normas e Manuais Técnicos.* Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/biblioteca/visualizar/MTIwMg== >. Acesso em 9 de setembro de 2020

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.

CEDAW. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. In: BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres. *Participação do Brasil na 29° Sessão do comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.* Brasília. 2004.

CLÉVE, C. M. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. *Revista Jus Navigandi,* Teresina, ano 22, n. 5.296, 31 dez. 2017.

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.* Cairo. 1994.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer nº 35/CNECV/01. *Laqueação de Trompas em Menores com Deficiência Mental Profunda*. 03 de abril de 2001. Lisboa.

CUNHA, Paulo J. et al. Alterações neuropsicológicas em dependentes de cocaína/crack internados: dados preliminares. *Revista Brasileira Psiquiatria,* v. 26, n. 2, p. 103-106, 2004.

DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo,* v. 240, p. 83-105, 2005.

FARAH, Elias. Planejamento Familiar. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*. Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014

FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1992

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. *Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Progresso, p. 227-248, 2016.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. PERROTTI, Maria Regina Machado. PERROTTI, Marcos Antônio. Direito do Planejamento Familiar. *Revista dos Tribunais*. Vol. 749/1998. p. 46 – 59.1998.

MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional Brasileiros*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/851>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith. MOLLER, Letícia Ludwig. (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-149.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana*. 2015. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13228/1/DireitoLivreDesenvolvimento.pdf. Acesso em: 18 de setembro de 2020;

PIMENTA, Amélia; RODRIGUES, Marta. Redução de danos: prostituição e toxicodependência. *Revista toxicodependências,* v. 12, n. 1, p. 49-54, 2006.

PONTELI, Nathalia Nunes; CURTI, Flávia Fernandes Alfaro; SILVA, Lucas Alessandro. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS REPRODUTIVOS: entre a efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação da experiência democrática. 200?, 12p. *I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS*. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabal

hos/eixo5/oral/51_politicas_publicas....pdf >. Acesso em: 9 de setembro de 2020;

RIBEIRO, Mariska. Direitos reprodutivos e políticas descartáveis. *Revista Estudos Feministas*, v. 1, n. 2, p. 400 - 407, 1993.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. *A Dignidade Da Pessoa Humana Como Valor-Fonte Do Sistema Constitucional Brasileiro.* Disponível em < file:///C:/Users/Isa/Downloads/7004-19169-1-PB.pdf>. Acesso em 23 de março de 2020.

SAMPAIO, Carolina Vasques; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Autonomia Da Pessoa Com Deficiência E Os Atos De Disposição Do Próprio Corpo. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, [S.L.], v. 18, n. 1, p. 133, 21 maio 2018. Centro Universitario de Maringa. http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n1p133-157.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O caso da cracolândia de São Paulo e a (in)dignidade da pessoa humana.* 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/cracolandia-indignidade-pessoa-humana#author. Acesso em: 20 ago. 2020.

SARMENTO, *Daniel. Dignidade da pessoa humana:* conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais,* v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50.

Supremo Tribunal Federal, *RE 635.659*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes.

U.S. Department of Health & Human Services. FACING ADDICTION IN AMERICA *The Surgeon General's Report on Alcohol, Drugs, and Health*. Washington. 2016.

VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual .Physis *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 19 [1]: 65-93, 2009

VICENTE, Laura Nunes. O Princípio da Proporcionalidade Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo. *PRÉMIOS | Prémio Doutor Marnoco e Sousa*. Instituto Jurídico Da Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra. Coimbra, 2014.

VILLELA, Wilza Vieira; MONTEIRO, Simone. *Gênero, estigma e saúde*: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do hiv/aids entre mulheres. Epidemiologia e Serviços de Saúde, [S.L.], v. 24, n. 3, p. 531-540, set. 2015. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742015000300019.

YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi et al. Drogas de abuso e gravidez. *Archives of Clinical Psychiatry*, v. 35, n. supl. 1, p. 44-47, 2008.

OS IMPACTOS DA NOVA CLASSIFICAÇÃO DA OMS PELA DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE: um estudo comparado entre Brasil e Espanha

Karine Barbosa de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina
Bacharela em Direito, Londrina/PR, Brasil
k.barbosa01@gmail.com

Lucas Vinicius Cavequia Meira
Universidade Estadual de Londrina
graduando em Direito, Londrina/PR, Brasil
lucascavequia@gmail.com

Marcia Teshima
Universidade Estadual de Londrina
Docente no departamento de Direito Privado, Londrina/PR, Brasil
teshima@uel.br

Resumo: O atendimento às demandas do público LGBTQIA+ no cenário internacional é um tanto quanto recente, de modo que a própria análise do surgimento dos primeiros direitos sedimentados ainda data de alguns anos atrás. No entanto, avanço desses direitos vem ocorrendo de maneira regular e a própria despatologização da transexualidade é um dos exemplos. Assim, por meio do método de procedimento bibliográfico através de método bibliográfico, o presente resumo visa analisar os impactos da recente classificação da OMS pela despatologização da transexualidade, que passou a classificar as transgeneridades como incongruência de gênero. A análise é indutiva e será feita em relação aos impactos dessa nova classificação no Brasil e na Espanha. A referida classificação não define com exatidão o que se entende por incongruência, no entanto, ainda assim é positiva a nova classificação, pois retira do enquadramento patológico a transexualidade como doença mental. Ao final, conclui-se que, na Espanha, ainda que a medida seja uma conquista, em muitas comunidades autônomas a transexualidade deixou de ser considerada uma patologia antes mesmo da decisão do OMS, contudo, ainda há muito a ser feito para que o estigma seja erradicado no país. No Brasil, por sua vez, o cenário ainda é muito incerto, pouco se sabe sobre a continuidade das políticas de acesso a saúde e ao processo transexualizador a esse grupo; no entanto, persiste a necessidade de discussão e cobrança pelo poder público.

Palavras-chave: Despatologização. OMS. Transexualidade. Brasil. Espanha.

Abstract: Meeting the demands of the LGBTQIA + public on the international stage is somewhat recent, so that the analysis of the emergence of the first established rights still dates back a few years ago. However, advancement of these rights has been taking place on a regular basis and the depathologization of transsexuality itself is one example. Thus, using the bibliographic procedure method through the bibliographic method, the present summary aims to analyze the impacts of the recent WHO classification by the depathologization of transsexuality, which started to classify transgenerations as gender incongruence. The analysis is inductive and will be done in relation to the impacts of this new classification in Brazil and Spain. This classification does not define exactly what is meant by incongruity, however, the new classification is still positive, since it removes transsexuality as a mental illness from the pathological framework. In the end, it is concluded that, in Spain, although the measure is an achievement, in many autonomous communities transsexuality is no longer considered a pathology even before the WHO decision, however, there is still much to be done for the stigma be eradicated in the country. In Brazil, on the other hand, the scenario is still very uncertain, little is known about the continuity of access policies to health and the transsexualizing process for this group; however, the need for discussion and demand by the public authorities persists.

Keywords: De-pathologization. WHO. Transsexuality. Brazil. Spain

INTRODUÇÃO

O debate acerca da transexualidade está intimamente ligado à evolução tecnológica e ao desenvolvimento das práticas médicas e cirúrgicas. O estudo sobre os hormônios sexuais e a possibilidade de alteração dos corpos a partir da cirurgia plástica foram marcos fundamentais que não só despertaram nos transexuais a perspectiva de vivenciar suas identidades de gênero, mas também representaram o apoderamento completo dessa pauta pela medicina.

Desde 1980, ano de integração aos manuais médicos, o discurso sobre a transexualidade, considerada como transtorno psicológico, baseava-se na premissa de que a discordância do gênero e do sexo constituía uma patologia passível de ser corrigida através da intervenção terapêutica. No entanto, para que a intervenção indicada ocorresse, era necessário, além do diagnóstico, que o procedimento obedecesse às formalidades médico-legais. O discurso médico patologizante permaneceu por quase quarenta anos até que fosse oficialmente desconstruído. Vale dizer que, embora a transexualidade tenha sido renomeada diversas vezes ao longo dos anos, ela permanecia sendo considerada um transtorno mental pela Organização Mundial de Saúde.

Ao passo que a realidade foi sendo modificada e o ativismo trans foi ganhando forma, a transexualidade foi ganhando diferentes contornos até que, em 2018, com a 11º versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID), a transexualidade saiu da categoria de psicopatologia e passou a integrar o capítulo sobre Condições Relacionadas a Saúde Sexual, passando a ser denominada incongruência de gênero.

Cumpre ressaltar que, como veremos, a despatologização da transexualidade, embora muito comemorada, vai além de qualquer documento oficial. É uma postura que se manifesta na atuação dos profissionais habilitados a atender esse segmento, dos familiares, dos amigos, dos governantes e da sociedade em geral. A alteração da Organização Mundial da Saúde é resultado de uma luta pelo reconhecimento de direitos que, embora esteja sendo vitoriosa, não pode e não deve parar.

Nesse sentido, levando em consideração que é a OMS que estabelece os padrões de maior relevância da área da saúde, suas decisões impactam a política de todos os países signatários. Além disso, em razão do caráter universal da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID), torna-se possível realizar comparações acerca da resposta dada por cada país diante das demandas envolvendo a população trans nesse novo contexto, bem como verificar a aplicabilidade dessa nova configuração entre os diferentes países, uma vez que o acesso a saúde é um dos pilares da vida digna. Assim, sendo a saúde um estado de bem estar que, além do físico, também engloba os aspectos mental e social, a despatologização não pode ser utilizada para justificar o cerceamento de direitos e nem ser associada à desassistência ou ao descaso.

Assim, esse artigo se propõe a analisar os impactos dessa nova atualização da OMS em dois países: Brasil e Espanha, a fim de identificar as particularidades dessa atualização no sistema de saúde desses países, bem como a forma como se dará o acesso aos direitos desse segmento frente aos direitos sociais, liberdades individuais e direitos humanos.

Desse modo, o escopo do presente artigo se concentrará na análise dos impactos da nova classificação da OMS na Espanha e no Brasil, voltando sua atenção para as políticas implementadas na Espanha, bem como para o Sistema Único de Saúde brasileiro e para realidade de transexuais inseridos na sociedade e nos ambulatórios trans do Brasil. Para tanto, a abordagem utilizada será a indutiva, com métodos de revisão bibliográfica, cuja pesquisa partiu da exploração de teses, dissertações, periódicos, artigos, livros e a legislação de ambos países.

1. Despatologização da transexualidade – perspectiva brasileira. A realocação da transexualidade

A classificação Internacional de Doenças (CID) é o documento base que orienta não só os documentos brasileiros que garantem o processo transexualizador do SUS, mas também as políticas sanitárias em todos os países que integram a Organização Mundial da Saúde (OMS). Desde 1980, ano em que a transexualidade passou a compor os documentos públicos e a ser oficialmente uma patologia, até 2018, momento em que ela foi realocada e renomeada. A transexualidade passa a ser Incongruência de Gênero e incorporada ao capítulo sobre Condições Relacionadas a Saúde Sexual. Antes dessa alteração, diversos foram os nomes dado a essa condição: Transexualismo, Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), Disforia de gênero (DE TÍLIO, 2018). Ou seja, diferentes títulos que expressavam uma mesma patologia.

No Brasil, as resoluções também receberam atualizações. Se, em um primeiro momento, a regulamentação se pautava no diagnóstico e na tentativa de correção, recentemente, anterior a própria atualização da OMS, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) publicou a resolução CFP nº 01/2018, cujo objetivo era orientar os profissionais de psicologia a não encararem a transexualidade e a travestilidade como uma patologia (CFP, 2019). Cumpre ressaltar, além do mais, que o CFP, ainda no ano de 2013, publicou uma Nota Técnica Sobre o Processo Transexualizador, a qual, entre outras coisas, considerava a transexualidade uma possibilidade de manifestação da sexualidade humana, e não como uma psicopatologia.

Embora a retirada da transexualidade do catálogo de doenças mentais tenha sido muito celebrada, a preocupação que pairou sobre os ativistas era sobre a possibilidade dessa realocação acarretar prejuízos quanto aos direitos alcançados pela comunidade trans no âmbito do Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS).

Sendo os rumos do processo transexualizador o assunto no qual, frente a essa nova realidade, se concentram as maiores especulações, se faz necessário, para melhor compreender o desfecho da problemática, explorar as perspectivas que resultaram em sua construção, uma vez que, mais do que um serviço ofertado pelo Estado, o processo transexualizador é uma garantia de cidadania e de acesso à saúde a esse segmento.

2. O processo transexualizador do SUS – breve histórico da relação direito-saúde-transexualidade no Brasil

Num primeiro momento, fruto da lógica patologizante, a cirurgia foi vista como uma das etapas do tratamento do transexualismo, ou seja, um mecanismo para a adequação dos corpos (ARAN; MURTA; LIONÇO, 2009). A primeira normativa que regulamentou a possibilidade dessa intervenção data de 19 de setembro de 1997, através da resolução nº 1.482/97, que permitiu que a cirurgia de transgenitalização fosse executada em hospitais universitários de forma experimental.

Já em 2002, a resolução nº 1.652 do CFM, revogando a de 1997, manteve os critérios já estabelecidos para a realização do procedimento, porém tirou o caráter experimental do ato, permitindo sua realização em hospitais da rede pública e privada, sem vinculação com a área acadêmica.

Embora, no plano normativo, o exercício do acesso a saúde de pessoas transexuais ganhava forma e reconhecimento, o diagnóstico, como condição para esse acesso, ainda gerava muitas controvérsias. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) reconheceu a vulnerabilidade desse grupo e passou a colocá-lo nas pautas de discussão dos gestores de Políticas Públicas para a elaboração de programas que visassem a garantia dos direitos a segmento (ARAN; MURTA; LIONÇO, 2009). Desse modo, em 2003, foi requisitado ao Ministério da Saúde que se manifestasse quanto a inserção da população LGBT no SUS, conforme seus princípios fundamentais, bem como a necessidade da consolidação de uma Política Nacional de Saúde para essa população.

Assim, em 2004,

> [...] o Governo Federal, através dos encaminhamentos do CNCD, lança o Brasil sem homofobia - programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual, explicitando o compromisso estatal com a promoção de políticas públicas que garantissem a efetividade dos direitos a essa população. [...] Diante disto, ainda em 2004, o Ministério da Saúde, através da Portaria nº 2.227/GM, criou o comitê técnico para a formulação da proposta de Política Nacional de Saúde da População LGBT.(ARAN; MURTA; LIONÇO; 2009, p.1145-1146)

A partir disso, em 2006, o Comitê Técnico de Saúde da População GLTB do Ministério da saúde provocou, em conjunto com uma série de outros profissionais, uma conferência sobre o processo transexualizador do SUS. Nesse

contexto, ressaltou-se a importância de se entender a transexualidade para além das circunstâncias cirúrgicas, passando, assim, a levar em consideração o complexo de relações que estigmatiza, violenta e patologiza a experiencia transexual (ARAN; MURTA; LIONÇO, 2009).

Cumpre informar, ainda, que, em 2010, através da resolução 1.955/2010, o Conselho Federal de Medicina decidiu, entre outras coisas, pela retirada do caráter experimental das cirurgias de remoção de mamas, ovários e útero de homens trans, passando a ser permitidas nos diversos hospitais da rede pública e privada (CFP, 2011).

Ressalta-se, além do mais, que o entendimento de que o acesso a saúde engloba o combate à discriminação solidificou a perspectiva de que a saúde desse segmento não é uma matéria puramente médico-cirúrgica. Foi analisado, então, a situação da saúde dos transexuais no âmbito da saúde pública, cujo objetivo era o estabelecimento das orientações da assistência a esse público, tendo como base a equidade, a humanização e a integralidade da atenção, além de se abordar a introdução da cirurgia de transgenitalização no rol de práticas do SUS (ARAN; MURTA; LIONÇO, 2009).

Conforme o art. 194 da Constituição da República, a saúde, juntamente com a previdência e assistência social, compõe a Seguridade Social, o que, por sua vez, revela o compromisso do Estado quanto às demandas referentes ao bem estar do brasileiro. Nesse sentido, invocando as garantias constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, corroborado pelo inciso IV do art. 3º da CF/88, que sinaliza que um dos objetivos fundamentais da República brasileira é "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988), bem como os princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde, qual seja a universalidade do acesso, a integralidade da atenção e a participação da comunidade; em 1º de dezembro de 2011, foi publicada a portaria 2.836 do Ministério da saúde, constituindo, assim, na esfera do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT).

As considerações feitas nessa política evidenciam que a segregação quanto a identidade de gênero e a orientação sexual, assim como a exclusão social procedente do desemprego, da falta de acesso à moradia, da alimentação indigna, entre outros, possuem impacto direto na qualidade de vida, da saúde e na definição social de saúde desses sujeitos. Nessa perspectiva, "o desenvolvimento social passa

a ser considerado uma condição imprescindível para a conquista da saúde" (BRASIL, 2013, p. 17).

A propósito, conforme ressaltado por Lionço (2016), muitas vezes os sofrimentos que acometem um transgênero estão mais relacionados ao preconceito sofrido do que a própria condição.

Além disso, cabe destacar que a intolerância e a discriminação são responsáveis por fazer muitos sujeitos pertencentes a esse grupo exercerem a sua sexualidade de forma clandestina e, por não discutir essa questão, acaba caindo em equívocos prejudiciais à saúde.

Nesse sentido, Prado (2018) chama a atenção para os efeitos que a patologização causa nas classes baixas da comunidade trans. Segundo o autor, a patologização é um dos meios de manutenção do mercado clandestino, que oferece serviços e instrumentos para aqueles que desejam transacionar, mas são rejeitados pelos serviços públicos. Por não terem seus direitos reconhecidos, nem acesso a saúde integral e a cuidados específicos, entre outros, pela via legal, esses sujeitos buscam outros modos de manifestar sua identidade. Deste modo, as regras de gênero funcionam como engrenagens que mantém a clandestinidade em pleno funcionamento, já que a burocratização e a judicialização dos serviços institucionais afastam travestis e transexuais dos ambientes de cuidado a saúde.

Quanto aos objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População LGBT, explicitados no art. 2º da portaria 2.836/2011, destacamos alguns que estão diretamente ligados ao processo transexualizador, são eles:

> VI - garantir acesso ao processo transexualizador na rede do SUS, nos moldes regulamentados; VII - promover iniciativas voltadas à redução de riscos e oferecer atenção aos problemas decorrentes do uso prolongado de hormônios femininos e masculinos para travestis e transexuais; VIII - reduzir danos à saúde da população LGBT no que diz respeito ao uso excessivo de medicamentos, drogas e fármacos, especialmente para travestis e transexuais; IX - definir estratégias setoriais e intersetoriais que visem reduzir a morbidade e a mortalidade de travestis (BRASIL, 2011)

Nessa perspectiva, uma das diretrizes da referida portaria, exposta em seu art. 3º, inciso V, trata do compromisso que o Estado assume para amenizar o sofrimento e o adoecimento decorrentes da inadequação da identidade psíquica e corporal de travestis e transexuais. Portanto, o processo transexualizador do SUS vai além do ato cirúrgico e engloba uma série de fatores hormonais e psicológicos. Ademais, esse processo é um direito conquistado e um dos maiores avanços das

reivindicações da população LGBTQIA+ quanto ao acesso à saúde.

3. Os reflexos da despatologização da transexualidade no processo transexualizador do SUS

Bento e Pelúcio (2012, p. 574) entendem que a patologização não gerou direitos, mas "impôs um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização". Ressalta-se, ainda, que o empenho pela despatologização está intimamente ligada a luta pela autonomia e que a identidade deve ser prerrogativa do sujeito, que deve ter a liberdade de decidir sobre o seu próprio corpo. Porém, devido à má gestão, o processo transexualizador deixou de ter a finalidade de garantir o acesso integral a saúde da pessoa trans, e passou a ser um mecanismo que, através de uma série de procedimentos, se limita a readequar o corpo à identidade de gênero (LIONÇO, 2016).

É incontestável que os procedimentos cirúrgicos possuem grande relevância, principalmente pelo fato de que grande parte dos transgêneros buscam no processo transexualizador essas modificações. A problemática se instaura quando se analisa os requisitos utilizados para garantir as alterações desejadas. Ao excluir a autonomia do sujeito como o principal critério para se ter acesso ao processo, reflexo de um comportamento patologizante, transfere-se o poder de decisão sobre o próprio corpo do indivíduo para o profissional de saúde (LIONÇO, 2016). Nesse sentido, a identidade e a existência do sujeito passam a ser condicionadas às determinações alheias.

É necessário ressaltar que um dos principais objetivos do ativismo trans era a despatologização, mas despatologizar não pode e nem deve significar desassistência ou descuido (PRADO, 2018). O direito às alterações hormonais e corporais não devem ser alcançados pela via patológica e sim pela via cidadã, como uma manifestação do direito à liberdade, constitucionalmente defendido pelo Estado brasileiro.

Ademais, o entendimento da OMS é de que saúde engloba o bem estar físico, psicológico e social, o que implica no atendimento de travestis e transexuais, de forma gratuita, pelos serviços públicos de saúde. Deste modo, a não enfermidade não pode ser justificativa para negar o acesso a saúde desse segmento (IOTT, 2018). A saúde vai além de qualquer doença.

Nesse mesmo sentido, muito pertinente o posicionamento do Conselho Regional de Psicologia (2011, p.90-91) ao afirmar que

> Embora a instituição do chamado "Processo Transexualizador" no SUS tenha sido uma grande conquista, entendemos que o acesso à saúde é um direito de todos e que a assistência médica e psicológica a pessoas trans, o tratamento hormonal e cirúrgico pelos serviços públicos de saúde não deve estar condicionados a um diagnóstico psiquiátrico. Defendemos o princípio da integralidade do SUS, considerando uma concepção positiva de saúde, em que a mesma não é sinônimo de ausência de doença, e, sim, do bem-estar bio-psíquicosocial das pessoas.

Cumpre informar, ainda, que a transexualidade, embora renomeada e realocada, não deixou de fazer parte do manual de Classificação Internacional de Doenças, a CID. A consequência que decorre dessa permanência é a possibilidade que os sistemas públicos e privados de saúde de continuar a propiciar assistência a esse segmento (SANTOS, 2018).

De qualquer forma, em 09 de janeiro de 2020, foi publicada a resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019, do Conselho Federal de Medicina, que deliberou a respeito da proteção especial ao indivíduo com incongruência de gênero ou transgênero (BRASIL, 2020). Tal documento, já levando em consideração a nova classificação da OMS, deu garantia ao processo transexualizador, mostrando que a despatologização não será empecilho para a salvaguarda dos procedimentos hormonais e cirúrgicos para a comunidade trans pelo Sistema Único de Saúde. Vale mencionar, ainda, que o CFM entendeu a incongruência de gênero como sendo a "não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero (BRASIL, 2020).

Por fim, ressalta-se que, além dos centros médicos onde ocorre o processo transexualizador, diferentes centros passaram a propiciar acompanhamento e serviços de acolhimento e de cuidado a esse segmento, como, por exemplo, o Centro de Referência para a Atenção Integral em Saúde Transespecífica (CRAIST), em Uberlândia.

Não obstante a reclassificação trazida pela OMS retirar oficialmente o caráter de patologia da transexualidade, os contornos da despatologização, na prática, vão além dos manuais e das teorias.

É necessário reconhecer os reflexos satisfatórios que a alteração trazida pelo CID-11 trará para o segmento trans, contudo, não se pode esquecer de que

o plano dos documentos oficiais nem sempre corresponde, na prática, à realidade dos sujeitos que, diariamente, enfrentam as normas e os dilemas socialmente convencionados. Assim, embora a despatologização tenha aberto espaço para promoção da saúde, o que, por sua vez, além de gerar visibilidade e reconhecimento para esse segmento, pode ser um fator de ruptura e de desconstrução de elementos que perpetuam as manifestações LGBTIfóbicas, é necessário observar que os altos indicies de violência contra a população LGBTQIA+ possuem raízes que vão além da posição da transexualidade nos manuais médicos (PARANÁ, 2018). Assim, é preciso mais do que uma nova atualização para conter os dilemas ocasionados pela estigmatização desses sujeitos.

O maior impacto dessas alterações estará na condução das políticas públicas, que se baseiam nesses manuais, o que é de extrema valia para a construção de uma sociedade democrática e livre de preconceitos. Contudo, a despatologização, na prática, extrapola qualquer classificação médica e psicológica. A despatologização, para ser efetiva, deve penetrar na realidade social, ocasionando uma nova postura, não só dos profissionais que atenderão esses sujeitos nos diversos âmbitos da vida civil, mas de todos que entrarão em contato com eles. Nesse sentido, como ressaltado pelo professor Marco Aurelio Maximo Prado (2018, p. 54),

> Despatologizar tem o sentido prático de dar lugar para a voz do outro, ao mundo do outro. Um rompimento, uma cisão no tempo da urgência. Dá uma autonomia da voz. A voz passa a ser um discurso, um pensamento, uma reflexão. Despatologizar significa compreender o que o outro compreende e como tal compreensão pode somar à sua.

Prado (2018) testemunha que uma das rupturas ocasionadas pela experiencia *Ambulare* foi a de que a classificação, que projeta e estrutura o aparato patológico, possui aplicabilidade limitada (ou não possui) quando deparada com a realidade dos indivíduos que buscam o Centro de Referência para a Atenção Integral em Saúde Transespecífica (CRAIST), do Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). As vivências desses sujeitos extrapolam qualquer classificação de gênero, sexo, orientação e prática sexuais, pessoas e relações interpessoais. A percepção de que as especulações acadêmicas e clínicas, que majoritariamente vem de pessoas cisgêneros, que, por sua vez, não precisam lidar com a problemática dessas questões, perdem o sentido ao se chocar com a realidade *ambulare,* evidencia a problemática da perspectiva institucional, geradora de uma profusão de condutas de poder que, por sua vez, culminam na ausência do direito desses sujeitos de decidir sobre suas próprias vidas (PRADO,

2018). Portanto despatologizar é desclassificar e, ao fazer isso, é estar aberto às várias possibilidades que a diversidade proporciona (PRADO, 2018).

Outro ponto a ser destacado é a forma como o professor refere-se à temporalidade, o que, na percepção de Coacci (2019), seria a análise mais arrojada do livro.

> Os protocolos do processo transexualizador impõem uma temporalidade única a todas as pessoas que chegam até o serviço. Na lógica cisnormativa que orienta esses documentos oficiais, a temporalidade funciona como uma série de checkpoints e fronteiras. Despatologizar e desclassificar, na prática, mais do que não impor um ponto de partida e um de chegada, é também respeitar o tempo de cada itinerário individual (COACCI, 2019, p.2).

Nesse sentido, cada subjetividade reage de forma individual às expectativas e normas que formam as regras de gênero (PRADO, 2018). Mais que isso, a aceitação e os objetivos são singulares, portanto a manifestação dessas identidades não obedecem um tempo objetivo, como os dos manuais médicos, mas processos de transição próprios, reforçando, mais uma vez, que despatologizar não é um ato, que uma mudança classificatória ocasiona através da atualização de um documento, mas sim um "processo contínuo e permanente de escuta, de desclassificação e desconstrução" (COACCI, 2019, p. 2).

Por fim, cumpre ressaltar que a despatologização implica na quebra de hierarquias de poder estabelecidas, legitimadas e reproduzidas historicamente. Na desconstrução de um saber hegemônico, decorrente do discurso médico, que patologiza a transexualidade ao definir "qual é o gênero adequado a cada corpo e como um corpo define um gênero" (PRADO, 2018, p. 55-56). Assim, despatologizar é entender que o cuidado se faz mais importante do que qualquer diagnostico.

4. Perspectivas de despatologização na Espanha

A Espanha foi o país escolhido para a análise e comparação no cenário da despatologização da transexualidade em razão das políticas implementadas antes da decisão da Organização Mundial da Saúde, o que difere do cenário brasileiro.

Em razão do Código Internacional de Doenças (CID) ser válido para o mundo todo, como o seu próprio nome sugere, é possível realizar comparações acerca da aplicabilidade dessa mudança entre países distintos e verificar as diferenças dos impactos.

De antemão, se faz necessário expor que oficialmente, a OMS estabeleceu que a CID-11 será denominada de Incongruência de Gênero. O propósito de utilização da palavra incongruência, é diminuir o estigma associado a palavra anterior utilizada (Transtorno), que no espanhol não seria possível a utilização, dada a sua conotação na língua. A partir daí, a literatura médica espanhola traduziu a nova classificação do CID para Discordância de Gênero (GARCIA; AYÚSO-MATEOS, 2020).

A partir daqui será falado sobre o cenário na Espanha antes da despatologização estabelecida pela OMS.

A divisão geográfica e política da Espanha proporciona que comunidades autônomas (semelhantes a divisão brasileira de Estados) criem leis a serem aplicadas em seu território, causando divergência de regras aplicadas em todo território nacional. Por isso, para melhor entendimento do cenário espanhol de antes da vigência da CID-11, estabelecida pela OMS, se faz necessário explanar sobre o cenário legislativo nacional e o cenário das leis aplicadas nas comunidades autônomas.

Para isso, será necessário explanar sobre as leis espanholas voltadas a população trans vigentes antes de 2018.

A Espanha vem apresentando políticas e leis progressistas no cenário trans e intersexo. Um exemplo disso é a alteração de uma lei que vigorava no país, a respeito da retificação de nomes. A Lei 20/2011 revogou a proibição de escolha e registro de nomes que possam ser enganosos quanto ao sexo, de modo que a regra atual é de que as pessoas são livres para escolher seus nomes, sendo vedado, somente, a escolha de nomes que sejam contrários à dignidade da pessoa ou que tornem a identificação confusa (SCHWEND, 2018, p.106).

No entanto, ao contrário do Brasil, a alteração de gênero nos documentos civis da pessoa depende de maiores requisitos. Pela lei espanhola (Ley 3/2007), para alteração de nome e gênero é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

> 1. A retificação do registo da menção do sexo será acordada assim que o requerente prove: a) Que você foi diagnosticado com disforia de gênero.
>
> O credenciamento do cumprimento deste requisito será feito através de laudo de médico ou psicólogo clínico, matriculado na Espanha ou cujos títulos tenham sido reconhecidos ou aprovados na Espanha, e que deverá referir-se a:

> 1. A existência de dissonância entre o sexo morfológico ou género fisiológico inicialmente registado e a identidade de género sentida pelo requerente ou sexo psicossocial, bem como a estabilidade e persistência dessa dissonância.
>
> 2. A ausência de transtornos de personalidade que pudessem influenciar decisivamente na existência da dissonância destacada no ponto anterior.
>
> b) Que ela tenha feito tratamento médico por pelo menos dois anos para acomodar suas características físicas às correspondentes ao sexo reivindicado. O credenciamento do cumprimento deste requisito será feito por meio de laudo do médico colegiado sob cuja direção foi realizado o tratamento ou, na sua falta, por laudo de médico forense especializado (ESPANHA, 2007, tradução nossa).

Nota-se que o país ainda requisita aos interessados o diagnóstico de disforia de gênero, a ausência de transtornos de personalidade que possam influenciar a decisão e o laudo médico que comprove a realização de tratamento específico, o que contrasta com o Brasil, que desde 2018 permite que transgêneros, transexuais e travestis alterem prenome e gênero diretamente nos cartórios de registro civil.

Não obstante, o que se observa é que a Ley 3/2007 se adaptou a decisão da OMS que despatologizou a transexualidade, no entanto, ainda exige acompanhamento médico para a concessão de direitos.

Outro ponto relevante no âmbito da saúde trans na Espanha é quanto a questão da cirurgia transgenitalizadora e a sua legalização no país, feita a partir da Lei Orgânica 8/1983, já que antes da referida lei, a cirurgia de redesignação sexual era considerada crime, passível de aplicação de sanções (ESPANHA, 1983). A partir dessa alteração no Código Penal, em 1999 foram criadas na Comunidade Autônoma de Andalúcia as Unidades de Transtorno de Identidade de Gênero (UTIG), o que posteriormente teve o nome alterado para Unidade de Transexualidade e Identidade de Gênero (em espanhol Unidad de Transexualidad e Identidad de Género) (SCHWEND, 2018, p.107).

As UTIG tinham como papel identificar e verificar a condição de transexual e assim oferecer tratamento integral, a partir da prestação de serviço de uma equipe especializada. No entanto, o surgimento e oferecimento dos serviços se baseava nos parâmetros da condição de doença conferida pelo CID 10 F64.0 (GOBIERNO VASCO, 2016, p.81).

Ato contínuo, ainda que a Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias tenha emitido um informe em dezembro de 2001 aprovando a inclusão

da atenção sanitária trans-específica entre os serviços prestados pelo Sistema Nacional de Saúde espanhol, o governo nacional optou por deixar a critério de cada Comunidade Autônoma a inserção desses serviços. A partir dessa decisão, o Conselho Interterritorial decidiu que as Comunidades Autônomas ofereceriam os serviços de atenção a comunidade trans, onde as Comunidades que ainda não tiverem instaurado tal sistema iriam custear os gastos para que o indivíduo trans que necessitasse de atendimento pudesse busca-lo na comunidade mais próxima (SCHWEND, 2018, p.107).

Outro aspecto importante sobre a gênese da preocupação do país espanhol para retirada da patologização da transexualidade ocorreu através das manifestações públicas ocorridas no país desde 2007. A primeira se deu em 2007 em Barcelona, que seguiu o modelo da marcha do *Collectif Extrans* celebrada desde 1997 em Paris, na França. Em 2009 houve a internacionalização do movimento, através da campanha Internacional *Stop Trans Pathologization*, ocasião em que foi instituído o *Dia Internacional de Acción por la Despatologización Trams*. Essa campanha tinha cinco demandas a serem propostas às autoridades: 1) a retirada do Transtorno de Identidade de Gênero dos manuais internacionais de diagnóstico, 2) A retirada da menção de sexo dos documentos oficiais; 3) A abolição dos tratamentos de normalização binários para pessoas intersex; 4) Acesso gratuito a tratamentos hormonais e cirurgias (sem supervisão psiquiátrica; e 5) O combate à transfobia: trabalho de formação educacional e inserção social e laboral das pessoas trans (SCHEWEND, 2015, p.180).

Assim, a partir de 2009 a referida campanha estabeleceu que o mês de outubro como o *Día Del Internacional de Acción por la Despatologización Trans,* ocasião esta no qual, ao longo do país, são realizadas manifestações, concentrações, conferências, exposições e performances, para difundir a causa e aumentar a sua adesão, no intuito de que as demandas sejam atendidas, tanto em nível nacional quanto mundial. Tal campanha ganhou tanto destaque que em 2014, havia cerca de 92 ações semelhantes em 49 cidades espalhadas pelo mundo (SCHEWEND, 2015, p.182).

A relevância desse movimento é demonstrada através da dimensão que o debate tomou.

> O processo de revisão do DSM gerou um amplo debate público sobre os processos de medicalização e psiquiatrização na sociedade atual. De um movimento emergente de despatologização trans *, foram publicados

> enunciados e textos de reflexão, com revisões e propostas relacionadas ao processo de revisão do DSM, CIE e SOC, incluindo textos de redes internacionais, bem como de grupos ativistas locais e regionais de diferentes partes de mundo (SCHEWEND, 2015, p.183).

Assim, após a intensa manifestação dos movimentos sociais, através das pautas indicadas anteriormente e da Lei 3/2007, que permite a retificação de nome e gênero nos documentos dos transexuais, a atenção dos estudiosos do tema se voltou para a abolição dos requisitos médicos para o processo de alteração de nome e gênero, esbarrando na necessidade de despatologização da transexualidade, a ser feita em nível mundial, a partir da alteração do Manual Diagnóstico de Transtornos Estatísticos e, consequentemente, do Código Internacional de Doenças (BALZER; SUESS, 2010).

Por fim, no âmbito interno, a questão legislativa para os direitos trans na Espanha se pauta em três projetos de lei, que ainda aguardam aprovação. O primeiro dele, sendo o projeto 122/00072 de 03 de março de 2017, visa reformar a lei 3/2007, propondo retirar os requisitos médicos do processo de retificação do nome, além de não haver menção do nome e sexo registrais, de modo, também, a transformar o procedimento de alteração dos documentos como um simples ato administrativo, com base apenas de uma declaração expressa da pessoa interessada. O projeto também visa incluir pessoas menores de idade, a partir de 16 anos, sem necessidade de autorização dos genitores; e também incluir pessoas com nacionalidade estrangeira e que possuam residência no país (ESPANHA, 2017). O projeto de lei ainda se encontra em votação.

O segundo projeto, de número 122/000097 de 12 de maio de 2017 visa erradicar as situações de discriminação contra o público LGTBI (lésbicas, gays, transexuais, transgêneros, bissexuais e intersexuais), a partir da implementação de medidas de proteção a este grupo, como o estabelecimento de práticas de saúde e psicológicas. Quanto a população trans o projeto objetiva implementar medidas que atendam o público e permitam a livre autodeterminação da identidade de gênero, através de uma visão despatologizadora. Semelhante ao projeto 122/00072, a proposta 122/000097 também tem por meta simplificar o processo de retificação de nome, de modo a ser feito pela via administrativa (ESPANHA, 2017). O referido projeto ainda se encontra em fase de discussões.

Por fim, o terceiro projeto de lei voltado à população trans é o 122/000191, de 02 de março de 2018. Semelhantes aos outros projetos analisados, este visa dar proteção jurídica as pessoas trans a partir do direito de livre

determinação da identidade sexual e expressão de gênero, tendo como política prevista a alteração da Lei 3/2007, para que a retificação de nome e gênero possa ser feita de maneira administrativa (ESPANHA, 2018). Este projeto também se encontra em fase de discussões.

A partir daqui, será necessário expor sobre as leis das comunidades autônomas espanholas vigentes antes de 2018 e que tratavam sobre os direitos da população trans.

Diferente do nível nacional, as Comunidades Autônomas da Espanha demonstraram avanços legislativos no que se refere aos direitos das pessoas trans. Por exemplo, em Navarra, Euskadi, Andalucia, Canarias, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana e em Aragon, desde 2009, as leis foram promulgadas e visam garantir os direitos das pessoas trans a partir da não discriminação por orientação sexual, expressão e identidade de gênero. Um aspecto interessante é que na maioria dessas comunidades, exceto em Navarra, Euskadi e Canaria, não estabeleceram em suas leis acerca da exigência de diagnostico de disforia de gênero para concessão do direito de alteração de nome e gênero (SCHEWEND, 2018, p.108-109).

O que se observa é que cada comunidade autônoma está em um estágio no que se refere a evolução de suas leis que visam o atendimento e a garantia dos direitos das pessoas trans. No entanto, uma Comunidade que ganhou destaque no que se refere a sua legislação e políticas voltadas a população trans foi a comunidade de Andalucía, que será objeto de análise neste trecho do presente trabalho.

A primeira lei que merece comento é a Lei 2/2014, de 08 de julho de 2014, que prevê a autodeterminação de gênero de pessoas que manifestarem uma identidade de gênero diferente daquela atribuída ao nascimento. A partir dessa lei, foi estabelecido à população trans o direito de receber atenção integral e adequada a suas necessidades sociais, sanitárias, jurídicas, laborais e educativas, de modo que a partir desse reconhecimento, são instituídas medidas de proteção nos âmbitos acima mencionados. Além disso, a lei em comento também prevê políticas a serem implementadas aos menores de idade, por meio de medidas de proteção e o direito de atenção sanitária (SCHEWEND, 2018, p. 109).

A Lei 2/2014 merece destaque, pois foi a partir dela que se impulsionou um processo de modificação do modelo de atenção sanitária a pessoas trans. Em 2015 na Comunidade de Andalucía foram criados as Unidades de Atenção a

Pessoas Transexuais (UAPT), em um modelo semelhante às UTIG. Já em 2016 foi publicado pelo governo da Andalucía o Processo Assistencial Integrado de Atenção Sanitária a pessoas adultas, além do Processo Assistencial Integrado de Atenção sanitária na infância e adolescência. Ambos processos receberam a sigla de PAI e neles há a recomendação dirigida a profissionais que atendem pessoas trans para que não apliquem o código de diagnósticos de enfermidade para a transexualidade e que também não estabeleçam como requisito prévio do tratamento hormonal a submissão do paciente transexual a análise de uma Unidade de Saúde Mental Comunitária. Ao invés disso, as UAPTs adotam um procedimento de informação, conselho, apoio e aceitação da decisão informada, dando suporte para os problemas decorrentes da transição e apoio à saúde sexual e hábitos reprodutivos saudáveis.

> Os profissionais de saúde mental da UAPT possuem um papel de apoio psicológico, para aquelas pessoas trans que desejam ter esse acompanhamento durante seu processo de trânsito pelos gêneros. Em qualquer caso, eles devem realizar um processo de avaliação psiquiátrico. No caso de estar na Atenção Básica ou na UAPT detecta-se que a pessoa trans encontra-se em um momento de instabilidade psicológica e dificuldade momentânea em tomar decisões sobre seu processo de atendimento, o atendimento deve ser facilitado para serviços comunitários de saúde mental. Um diagnóstico psiquiátrico por si só não deve impedir o acesso a tratamentos hormonais ou intervenções cirúrgicas. Da mesma forma, um diagnóstico relacionado ao intersexo não deve impedir o acesso ao UAPT. (SCHEWEND, 2018, p. 111) (tradução nossa).

A iniciativa da Comunidade Autônoma de Andalucía em implantar as UAPT, permitindo um atendimento integral e, em alguns casos, não utilizar como requisito o diagnóstico psiquiátrico de transtorno de personalidade para iniciar o atendimento é um avanço para os direitos trans.

Outra lei importante para Andalucia foi a Lei 8/2017, de 28 de dezembro de 2017, que previa a igualdade de tratamento em razão de orientação sexual, identidade sexual e identidade de gênero às pessoas homossexuais, bissexuais, transexuais, transgêneros e intersexo. Um dos aspectos mais relevantes da lei foi a proibição de terapias aversivas ou qualquer outro procedimento que suponha a intenção de conversão, anulação ou supressão da orientação sexual ou identidade de gênero. Outro ponto importante foi a determinação de que ninguém será obrigado a submeter-se a tratamento, procedimento médico ou exame psicológico que restrinja sua liberdade de autodeterminação de gênero. Tal lei converte em norma a recomendação do PAI de não utilização de avaliação psiquiátrica para o tratamento e acolhimento das pessoas trans nas UAPT (SCHEWEND, 2018, p.

112).

A Lei 8/2017 foi um importante marco para a Espanha no que se refere a não patologização da transexualidade. Por ela, nãohá mais exigência de relatórios psicológicos e psiquiátricos para início do tratamento hormonal, acompanhamento médico e psicológico e as demais questões atinentes, algo que somente com a alteração do CID-11 pela Organização Mundial da Saúde foi possível ocorrer em nível mundial.

4. As perspectivas após a CID-11

O novo entendimento da OMS foi acompanhado de forma positiva pelas autoridades espanholas. Quando da apresentação do projeto da alteração do Código Internacional de Doenças a Sociedade Espanhola de Psiquiatria (SEP) as autoridades retificam o entendimento e sinalizou concordância com a mudança. Além disso, antes da apresentação da mudança, a SEP realizou uma consulta pública para a elaboração de um projeto de lei para ser vigente na Espanha, que demonstrou a alta adesão entre os profissionais de saúde para despatologização da transexualidade (GARCIA, 2020).

No entanto, estudiosos espanhóis entendem que para o país, a alteração do CID pela OMS, ainda é o primeiro passo para afastar a despatologização, não sendo a medida final. Para eles, ainda é preciso muita luta para acabar com a estigma sobre a população trans, pois

> Ainda se fala em diagnóstico e ainda não se considera que o incômodo que muitas pessoas trans podem sentir é resultado da pressão social a que estão submetidas por terem o que a sociedade considera corpos não normativos em relação ao seu gênero expressão (AMIGO-VENTUREIRA, 2019).

Além disso, não surte efeito a alteração pela OMS se as questões políticas e jurídicas não acompanharem a evolução dos direitos das pessoas trans, caso que ainda precisa ser fomentado na Espanha (VENTUREIRA, 2019).

Não obstante, dado o início da vigência do CID-11 ser somente em 2022, ainda no território espanhol é exigido o diagnóstico médico de disforia de gênero, além do tratamento hormonal de dois anos para que seja realizada a alteração do gênero nos registros da pessoa trans, já que a lei que regula o procedimento prevê tal requisito, mesmo com toda pressão médica e do ativismo para a sua revogação (GALLARDO, 2020).

Representantes do movimento trans espanhol reiteram que a solicitação de um diagnóstico para a concessão de direitos básicos a um cidadão reforça o tratamento dado a eles como se fossem pessoas doentes, gerando grande constrangimento a esse grupo, que depende da avaliação de terceiros para que a sua identidade seja vista pela sociedade. Outro aspecto urgente é que a lei espanhola continua exigindo o tratamento hormonal, além do atestado psiquiátrico, para que seja concedido o direito de retificação de gênero e nome nos documentos, o que obsta o seu acesso a direitos básicos (GALLARDO, 2020).

No entanto, no fim do ano de 2020 o Ministério da Igualdade anunciou a promoção de uma lei voltada a população trans, que tenha como escopo retirar tais exigência, vez que oito comunidades autônomas do país já reconheceram o direito de autodeterminação de gênero, demonstrando a dissonância da Espanha com o entendimento da OMS. Inclusive oo Supremo Tribunal de Espanha já entendeu que o reconhecimento da identidade de gênero não pode ser condicionado a submissão à terapia hormonal, e de suas próprias comunidades (GALLARDO, 2020).

CONCLUSÃO

A análise de estudos comparados surge com a ideia de verificar se entre países que possuem histórico e realidades diferentes, o objeto em estudo possui a mesma dimensão. A Espanha está localizada em um continente desenvolvido, articulado, sendo, também, um país com estas mesmas qualidades. Já o Brasil é um país em desenvolvimento, que ainda padece com a pobreza e desigualdade e, ainda, ostenta a qualidade da nação que mais mata transexuais no mundo.

A alteração pela OMS em tirar a transexualidade da qualidade de doença pode significar um avanço, já que retira o estigma da condição e oferece aos indivíduos do grupo maior identificação e acesso a direitos.

Através dos estudos realizados, o que se verificou é que antes mesmo da alteração do Código Internacional de Doenças no que se refere a incongruência de gênero, o Brasil ostentava melhores condições médicas pelo SUS e de direitos a população trans. Isto por que aqui no país já era possível alterar o nome pela via administrativa e judicial sem a necessidade de apresentação de laudos médicos que comprovem a condição trans, além da possibilidade de acompanhamento psicológico e realização de cirurgia de redesignação de sexo pelo Sistema Único de Saúde.

Já a Espanha ainda não galra desta mesma condição. O que prevalece no país, a nível nacional, é uma lei que só permite a alteração de nome após a apresentação de laudo médico que ateste a condição de disforia de gênero, o que denota um caráter patologizador ao indivíduo trans. Além disso, não existe uma política neste mesmo âmbito, que garanta a realização de cirurgia de redesignação de sexo pelo sistema único de saúde. Os únicos avanços contidos no país ficam a cargo das comunidades autônomas, que antes mesmo da alteração da OMS já previam a não utilização de laudo médico para acompanhamento médico e psicológico nas unidades de tratamento voltados para identidade de gênero.

Deste modo, o que se verifica é que a alteração feita pela OMS ainda precisa de implementação de políticas voltadas a população trans, já que ainda que médicos, especialistas e estudiosos reiterem a necessidade de não utilização da patologização para garantia de direitos, os países ainda incorrem neste viés na aplicação de políticas e campanhas. A sugestão verificada a partir deste trabalho é que a própria Organização Mundial da Saúde intervenha nestes países e auxilie na aplicação destas medidas, no intuito de que cada vez mais os indivíduos trans possam ter, ao menos, acesso aos direitos conferidos aos cisgêneros, e, deste modo, possam ter garantidos o seu direito a vida plena.

REFERÊNCIAS

AMIGO-VENTUREIRA, Ana María. Un recorrido por la historia trans*: desde el ámbito biomédico al movimiento activista-social. In.: *Caderno Pagu,* Campinas , n. 57, e195701, 2019 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332019000300500&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 jan. 2021.

ARÁN, Marcia. MURTA, Daniela. LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e Saúde Pública no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro. v.14., n.4., p. 1141- 1149, jul/ago. 2009.

ARÁN, Marcia. MURTA, Daniela. LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e Saúde Pública no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro. v.14. n.4. jul/ago. 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232009000400020&script=sci_arttext. Acesso em 15 nov. 2020.

BALZER, C.; SUESS, A. *Resultados por países:* España – version elaborada. Proyecto de Investigación TVT, Transrespeto versus transfobia em el mundo. Disponível em:

https://transrespect.org/en/es_ES/countries/spain-1/spain-2.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. "Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200017&lng=pt&tlng=pt.Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério da saúde. Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 dez**.** 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html. Acesso em: 18 nov.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília: 1. ed., 1. reimp. Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde (SUS):* estrutura, princípios e como funciona. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. PORTARIA Nº 2.836, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT). *Diário Oficial da União*. 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html. Acesso em: 18 nov.2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.482, de 19 de setembro de 1997. Autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1997. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1997/1482_1997.pdf Acesso em: 21 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução no 1652, de 2 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução CFM 1482/97. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, p. 80, 2 dez. 2002. Disponível em: https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1126/CIRURGIA-TRANSGENITALIZA%C3%87%C3%83O-RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-1652-DE-2002.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. *Diário Oficial da União,* Brasília, 09 jan. 2020. Seção 1, 96. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS***.** 2019. Disponível em: https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/. Acesso em: 19 nov. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 6º REGIÃO (org). Manifesto: Pela despatologização das identidades trans (travestis, transexuais e transgêneros). In:_____. Psicologia e Diversidade Sexual: caderno temático 11. São Paulo: CRPSP, 2011. P. 90-91. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/caderno_tematico_11.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

DE TILIO, R. Despatologização da transexualidade: revisão integrativa da literatura científica nacional. *Revista Brasileira de Sexualidade Humana*, v. 29, n. 1, p. 39-48, 31 dez. 2018.

ESPANHA. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

ESPANHA. *Proposición de ley 122/000072*. Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España. Disponível em: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOC

G-12-B-91-1.PDF. Acesso em: 12 jan. 2021.

ESPANHA. *Proposición de ley 122/000097.* Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales. Disponível em: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-122-1.PDF. Acesso em: 12 jan. 2021.

GALLARDO, Violeta Molina. *Hacia la despatologización trans: sin tutelas para certificar la identidade.* 17 out. 2020. Disponível em: https://www.lavanguardia.com/vida/20201017/484127748447/hacia-la-despatologizacion-trans-sin-tutelas-para-certificar-la-identidad.html. Acesso em: 12 jan. 2021.

GARCÍA, Rebeca Gables; AYUSO-MATEOS, José Mateus. CIE-11 y la despatologización de la condición transgénero. In.: *Revista de Psiquiatría y Salud Mental - Journal of Psychiatry and Mental Health.* v. 12, n. 2, abr./jun. 2019, p.65-67.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO. *Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.* Disponível em: https://goo.gl/jq8Ejs. Acesso em: 11 dez. 2020.

IOTTI, Paulo. *Cidadania das pessoas trans: avanço na OMS e continuidade de atendimento no SUS***.** 2018. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/06/19/cidadania-das-pessoas-trans-avanco-na-oms-e-continuidade-de-atendimento-no-sus/. Acesso em: 19 nov. 2020.

LIONÇO, Tatiana. A despatologização das identidades trans: questões e desafios na atualidade. *Revista EPOS,* Rio de Janeiro - RJ, V. 7, n. 2, p. 147-156, jul./dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). *OMS divulga nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11).* 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875. Acesso em: 19 nov. 2020.

PARANÁ. Defensoria Pública do Estado do Paraná. *A despatologização da transexualidade*. 2018. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2018/07/1071/A-despatologizacao-da-transexualidade.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. Ambulare. Belo Horizonte: PPGCOM UFMG, 2018. Resenha de: COACCI, Thiago. *Como funciona a despatologização na prática?*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 27, n. 2, e58001, 2019.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. *Ambulare*. Belo Horizonte: PPGCOM UFMG, 2018. 85 p.

SANTOS, Teresa. *Transexualidade*: despatologização e atendimento médico adequado. 2018. Disponível em: <https://portugues.medscape.com/verartigo/6502971#vp_2>. Acesso em: 11 Jan. 2021.

SCHWEND, Amets Suess. Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos. In.: *XXVII Congreso: Constitución y Convenio de Oviedo: aniversario de derechos*. ISSN 1133-7400, Vol. 28, Nº. Extra 1, 2018, págs. 97-115.

SCHWEND, Amets Suess. *"Transitar por los géneros es un derecho": Recorridos por la perspectiva de despatologización*. 2016. Disponível em: https://digibug.ugr.es/handle/10481/42255. Acesso em: 15 dez. 2020.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA DAS DOMÉSTICAS:
uma leitura interseccionada da organização sindical

Maria Lara Nascimento Oliveira
Faculdade Nobre, graduanda em Direito
Feira de Santana, Brasil
mariaa.laraa@icloud.com

Maria Luiza Ony Freire
Faculdade Nobre, graduanda em Direito
Feira de Santana, Brasil
marialuizafreire2018@outlook.com

Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Universidade Federal Fluminense, Mestre em Sociologia e Direito
Niterói, Brasil
gabrielcavalcanteadv@gmail.com

Resumo: A atual pesquisa tem como objetivo geral de análise observar os reflexos da política e das relações de raça e gênero no desenvolvimento normativo encontrado nas negociações coletivas de sindicatos representativos de trabalhadoras domésticas. Trataremos também, a título de objetivo específico, da questão relacionada à situação das domésticas no contexto de pandemia, de modo a observar se os direitos consagrados em negociações coletivas são cumpridos em meio à crise sanitária. Nesse sentido, utilizaremos como objeto de pesquisa as negociações coletivas firmadas pelo Sindicato das Trabalhadoras Domésticas da Grande São Paulo. Nossa metodologia será empírica e terá como corpo de observação os textos normativos das convenções coletivas e as notícias a respeito das mesmas produzidas pelo sindicato. Utilizaremos como recorte teórico as elaborações produzidas por Heleieth Saffioti, de modo a compreender como as determinações de raça, gênero e classe aparecem como marcadores hierárquicos da mercadorização do trabalho. Justifica-se a presente pesquisa, pois é de grande importância analisar como a categoria de trabalhadoras domésticas organiza-se politicamente e quais os reflexos dessa organização na conquista de direitos. Nosso caminho de elaboração irá passar primeiramente pela discussão a respeito das convenções coletivas e qual o local por elas ocupado na regulação do trabalho brasileiro, em um segundo momento discutiremos a organização sindical do trabalho doméstico para, por fim, analisar os elementos constitutivos das negociações coletivas firmadas pelas domésticas. Partimos da hipótese conclusiva inicial de que os marcadores de raça, classe e de gênero representam um obstáculo à organização política das trabalhadoras e, portanto, à conquista de direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Negociação coletiva; Gênero; Raça; Classe; Direito do Trabalho.

Abstract: The current research has as general objective of analysis to observe the reflexes of the political development and of the relations of race and gender, in the normative development found in the collective negotiations of unions representing domestic workers. We will also address, as a specific objective, the issue related to the situation of domestic workers in the context of a pandemic, in order to observe whether the rights enshrined in collective negotiations are fulfilled in the midst of the health crisis. In this sense, we will use the collective negotiations signed by the Union of Domestic Workers of Greater São Paulo as an object of research. Our methodology will be empirical and will have as norm of observation the normative texts of the collective conventions and the news about them produced by the union. We will use as a theoretical outline the elaborations produced by Heleieth Saffioti, in order to understand how the determinations of race, gender and class appear as hierarchical markers of the commodification of work. In addition, we will use as a bibliographic base authors who carry out a critical debate regarding Labor Law with regard to gender relations, such as Helena Hirata and José Dari Krein. This research is justified, as it is of great importance to analyze how the category of domestic workers is politically organized and what are the consequences of this organization in the conquest of rights. Our elaboration path will first go through the discussion about the collective conventions and where they occupy in the regulation of Brazilian work, in a second moment we will discuss the union organization of domestic work to, finally, analyze the constituent elements of the collective negotiations signed by the housekeepers. We start from the initial conclusive hypothesis that race, class and gender markers represent an obstacle to the political organization of workers and, therefore, to the conquest of labor rights.

Key-Words: Collective bargaining; Genre; Race; Class; Labor Law.

INTRODUÇÃO

Elementos inúmeros são centrais para a estruturação social do trabalho, a complexidade que atravessa todo o tecido social retroage para influenciar o ato de trabalhar em diversas maneiras diferenciadas. Dessa forma, os elementos característicos de raça e gênero são de relevância para o processo de hierarquização da força de trabalho. Mulheres negras são inseridas no processo de produção de valor de maneira a serem inferiorizadas em relação a sujeitos homens e brancos. Nesse sentido, invisibilizadas socialmente, acabam por ocupar funções sociais de menor valoração, como, por exemplo, o trabalho doméstico remunerado. Por outro lado, a organização do trabalho é normalmente vista socialmente de forma que a expressão do sindicalismo tem por base categorias eminentemente masculinas, tais como a dos metalúrgicos e dos petroleiros. No entanto, o trabalho

doméstico remunerado acaba por ser a forma viável de obtenção de meios de vida por uma parcela esmagadoramente maior da classe trabalhadora do que aquela realizada por expressões do trabalho industrial. Esse desnível aparente, entre o trabalho realizado pela maioria e a organização sindical que aparentemente é consolidada em setores destacados da classe trabalhadora, configura uma rica problemática para compreender a situação de dificuldade de organização sindical em um país subdesenvolvido como o Brasil.

Nossa perspectiva no presente trabalho é a de questionar em linhas introdutórias: 1) O que é real e o que é meramente ideológico no que se refere ao grau de desorganização das trabalhadoras domésticas; 2) Quais são as razões particulares para a desorganização do trabalho doméstico; 3) Como os instrumentos tradicionais de organização da classe trabalhadora são assimilados pela organização sindical das domésticas? Nesse sentido tomaremos por base de análise a negociação coletiva das trabalhadoras domésticas. Nossa questão, para tanto, será: Como as questões de raça e gênero aparecem na negociação coletiva firmada pelo Sindicato das Trabalhadoras Domésticas da Grande São Paulo? Levamos em conta que a negociação coletiva é instrumento relevante de cristalização jurídica dos direitos conquistados pelas categorias de trabalhadores, atendo-se às especificidades de cada categoria e ao grau, maior ou menor, de mobilização e reivindicação no decorrer da história.

A escolha da categoria das trabalhadoras implica na localização de um setor da classe trabalhadora brasileira em que os marcadores de raça e de gênero são mais determinantes e aparecem de maneira entrelaçada, configurando-se como trabalhadoras mulheres e negras em sua maioria. A relevância da pesquisa observa-se a partir justamente desse entrelaçamento, de maneira que a categoria analisada é conformada por sujeitas históricas a partir das quais é possível um olhar a respeito dos reflexos das relações de raça e de gênero na organização sindical. Por outro lado, o enfoque direcionado às negociações coletivas insere um terceiro elemento de reflexão, qual seja o da relação jurídica. Nesse ponto, a relação jurídica cristalizada na negociação coletiva das domésticas nos traz o potencial de observar como os marcadores de raça e de gênero se expressam na juridicidade. Justifica-se tomarmos por base as negociações coletivas do Sindicato das Trabalhadoras Domésticas da Grande São Paulo, em primeiro lugar em razão da facilidade de acesso à documentação encontrada no site da organização, e, em segunda linha, em razão da centralidade ocupada pelo estado de São Paulo na reprodução do capitalismo brasileiro.

A metodologia utilizada será qualitativa, tomando por base a análise documental bem como o suporte teórico bibliográfico. Assim, ao se fazer a interpretação textual não só se realizará a crítica a respeito daquilo expresso nos documentos da negociação coletiva, mas também de buscar revelar os elementos ocultados pela relação jurídica. A fim de avançarmos no nosso caminho de análise pretendemos construir o seguinte itinerário: 1) Realizaremos a discussão conceitual a respeito do que configura relações de raça, classe e de gênero, e como essas relações surgem entrelaçadas na ordem social capitalista, para compreender a conexão entre o trabalho doméstico e os marcadores de raça e de gênero; 2) Estabeleceremos qual a localização social da negociação coletiva no plano mais amplo da organização sindical brasileira; 3) Para ao final fazermos a análise crítica dos textos jurídicos inscritos nas negociações coletivas do Sindicato das Trabalhadoras Domésticas da Grande São Paulo.

1. O TRABALHO DOMÉSTICO E AS RELAÇÕES DE RAÇA E DE GÊNERO

O primeiro caminho de desenvolvimento nosso é o de trazer as implicações das relações de raça e de gênero para a conformação das relações de classe. Trataremos do conjunto de problemas que se relacionam com a problemática colocando como base algumas formulações teóricas de modo a responder à questão: Como as relações de raça e de gênero conectam-se com as relações de classe? Assim, para o prosseguimento da nossa investigação, iremos abordar em seguida a localização do trabalho doméstico na determinação

Em primeira linha partimos da premissa de que o trabalho é fundante da sociabilidade humana. A determinação dessa premissa não é aleatória, mas indica que sem a realização de trabalho não há como se dar a reprodução do ser social humano. Nessa linha de pensamento os diversos atos de trabalho realizados pelas diversas categorias de trabalhadores conformam uma estrutura complexa, dentro da qual as relações culturais, de estado, de direito, da tradição, de raça e de gênero, conformam um todo complexo estruturado que tem como base elementar o trabalho humano. Essa premissa não trata a respeito de uma escolha a ser realizada pelos seres humanos – realizar ou não realizar trabalho – mas sim de um pressuposto de existência inclusive física e biológica da realidade humana, em razão de que trabalho aqui significa o ato de alterar a natureza tendo por finalidade consciente a satisfação de necessidades humanas.

Dentro da perspectiva de que o trabalho configura a relação primordial a partir da qual o tecido social irá se estruturar desmobilizamos visões que concebem categoria classe como um fato social externo aos sujeitos. Nesse sentido Thompson assim entende:

> Por classe, entendo um fenômeno histórico, que unifica uma série de acontecimentos díspares e aparentemente desconectados, tanto na matéria-prima da experiência como na consciência. Ressalto que é um fenômeno *histórico*. Não vejo a classe como uma "estrutura", nem mesmo como uma "categoria", mas como algo que ocorre efetivamente (e cuja ocorrência pode ser demonstrada) nas relações humanas. (THOMPSON, 1987, p. 9)

Thompson apresenta, portanto, uma visão de classe social que se baseia em atos realmente existentes que conformam relações construídas entre sujeitos. O autor continua sua elaboração no seguinte sentido:

> A relação precisa estar sempre encarnada em pessoas e contextos reais. Além disso, não podemos ter duas classes distintas, cada qual com um ser independente, colocando-as a seguir *em* relação recíproca. Não podemos ter amor sem amantes, nem submissão sem senhores rurais e camponeses. A classe acontece quando alguns homens, como resultado de experiências comuns (herdadas e partilhadas), sentem e articulam a identidade de seus interesses entre si, e contra outros homens cujos interesses diferem (e geralmente se opõem) dos seus. A experiência de classe é determinada, em grande medida, pelas relações de produção em que os homens nasceram – ou entraram involuntariamente. A consciência de classe é a forma como essas experiências são tratadas em termos culturais: encarnadas em tradições, sistemas de valores, ideias e formas institucionais. (THOMPSON, 1987, p.10)

Assim, a classe social é derivada de relações entre sujeitos reais e dentro de contextos reais, em que não há como haver subordinado sem dominador. Essa primeira reflexão trazida por Thompson é rica de determinações para pensar a centralidade das relações de gênero e de raça na conformação das relações de classe. No nosso contexto, partindo de um país como o Brasil, construído a partir do escravismo e de relações coloniais tremendamente patriarcais, os mecanismos de dominação de raça e de gênero são também mecanismos de conformação das classes sociais. A cor da pele e a sexualidade acabam por ser características naturais a partir das quais ocorre uma hierarquização social entre os indivíduos. Saffitoti apresenta a questão:

> Sendo o trabalho o momento privilegiado da práxis por sintetizar as relações dos homens com a natureza e dos homens entre si, constitui a via por excelência através da qual se proceder ao desvendamento da verdadeira posição que as categorias históricas ocupam na totalidade dialética

> sociedade capitalista e das relações que elas mantêm entre si e com o todo social no qual se inserem. Mesmo que, aparentemente, determinado contingente populacional seja marginalizado das relações de produção em virtude de sua raça ou de seu sexo, há que se buscar nas primeiras (relações de produção) a explicação da seleção de caracteres raciais e de sexo para operarem como marcas sociais que permitem hierarquizar, segundo uma escala de valores, os membros de uma sociedade historicamente dada (SAFFIOTI, 1976, p.19)

Um ponto de aproximação surge nas análises oferecidas por Thompson e Saffioti, o de que as relações de produção condicionam a inserção dos indivíduos em posições de classe, com o complemento adicionado por Saffioti de que a chave para a explicação da hierarquização entre raças e sexos está nas relações de produção. Por outra via, não só as relações de raça e de gênero são operadas para a conservação das relações de produção, mas também o processo de mercadorização do trabalho absorve todas as relações sociais de modo a que a produção e reprodução de valor seja o norte da totalidade social. A mercadorização como processo de coisificação das relações humanas avança por todo o tecido social, de maneira que a "saturação empírica da categoria mercadoria (...) marca o divórcio entre o valor de uso e valor de troca" (SAFFIOTI, 1976, p. 13). A dialética existente entre relações de produção e mercadorização requer a assimilação dos elementos sociais historicamente pré-existentes, estando incluído aí as relações de raça e de gênero. O processo de subordinação de raça e gênero, no entanto, não é algo meramente objetivo, mas inclui a reprodução subjetiva e ideológica da crença de que há uma superioridade natural entre raças e sexos diferentes:

> Dado que a estrutura de classes e altamente limitativa das potencialidades humanas, há que se renovarem, constantemente, as crenças nas limitações impostas pelos caracteres naturais de certo contingente populacional (contingente esse que pode variar e efetivamente varia segundo as condições sócio-culturais de cada concreção singular da sociedade de classes) como se a ordem social competitiva não se expandisse suficientemente, isto é, como se a liberdade formal não se tornasse concreta e palpável em virtude das desvantagens maiores ou menores com que cada um joga no processo de luta pela existência. Do ponto de vista da aparência, portanto, não é a estrutura de classes que limita a atualização das potencialidades humanas, mas, ao contrário, a ausência de potencialidades de determinadas categorias sociais que dificulta e mesmo impede a realização plena da ordem social competitiva. Na verdade, quer quando os mencionados fatores naturais justificam uma discriminação social de fato, quer quando justificam uma discriminação social de jure, não cabe pensá-los como mecanismos autônomos operando contra a ordem social capitalista. Ao contrário, uma visão globalizadora da sociedade de classes

> não poderá deixar de percebê-los como mecanismos coadjutores da realização histórica do sistema capitalista de produção. (SAFFIOTI, 1976, p. 18)

A inferiorização reproduzida no substrato econômico, a partir da inserção das sujeitas de modo subordinada nas relações de produção, é então também reproduzida nas mentes de maneira subjetiva a partir da operacionalização de crenças justificadoras do processo de inferiorização. As crenças justificadoras, não só reforçam a discriminação social realmente existente, como servem para encobrir ideologicamente as limitações de uma sociedade organizada em classes. A mesma caracterização de um processo de inferiorização que se inicia com a questão econômica e após é reafirmado subjetivamente é delineada por Fanon da seguinte maneira:

> A análise que empreendemos é psicológica. No entanto, permanece evidente que a verdadeira desalienação do negro implica uma súbita tomada de consciência das realidades econômicas e sociais. Só há complexo de inferioridade após um duplo processo:
>
> — inicialmente econômico;
>
> — em seguida pela interiorização, ou melhor, pela epidermização dessa inferioridade. (FANON, 2008, p. 28)

Dessa forma, entende-se as relações de raça e gênero como relações sociais que tem por base características naturais e que no capitalismo são assimiladas de modo a compor a configuração das classes sociais, de modo a se estabelecer como marcas naturais que determinam a hierarquização social. O estabelecimento dessas relações hierárquicas acaba por condicionar a forma como as indivíduas são inseridos nas relações de produção, bem como o processo em si de hierarquização serve como base de conservação do processo de valorização do valor, de mercadorização. Esse, no entanto, não é um processo meramente objetivo, de ordem somente do substrato econômico, mas também um processo reforçado ideologicamente por aquilo que Saffioti denominou "crença na limitação imposta por características naturais" ou o que Fanon chamou de "epidermização da inferioridade". As classes sociais são então conformadas utilizando-se também (mas não exclusivamente) desses processos de inferiorização determinados pela raça e pelo gênero, apontando-se que na ordem de metabolização proporcionada pelo capitalismo as opressões de raça e de gênero não são autônomas, mas incorporadas de maneira relacional ao processo maior de reprodução do capital. Por fim, se, como dito por Thompson, a relação de classe precisa estar sempre encarnada em pessoas e contextos reais, o olhar a respeito de

tal relação torna-se mais abstrato quando não leva em conta as características de gênero e de classe, bem como torna-se mais concreto e aproximativo quando as leva em consideração.

Levando em consideração o quanto discutido até aqui devemos expor ao menos três dimensões sociais que configuram o trabalho doméstico. A primeira é a do apagamento do serviço doméstico (em grande medida não remunerado e realizado por mulheres) na ordem social capitalista, o que é um traço de continuidade em relação aos modos de produção anteriores. No entanto o apagamento social do trabalho doméstico, ou a maneira como ele é feito de forma não remunerada, sem valor produtivo para o capital, guarda consigo duas repercussões: a primeira de que sendo realizado em grande volume de forma não remunerada temos que o trabalho doméstico feito na forma remunerada tem seu preço baixado a pequenos valores salariais; a segunda de que sendo o trabalho doméstico realizado por mão femininas – metade da força de trabalho total – libera-se a força de trabalho masculina para o trabalho considerado produtivo, aquele que produz mercadorias gerando mais-valia.

Nesse sentido o apagamento do trabalho doméstico tem como finalidade última proporcionar a realização de atividades de trabalho consideradas produtivas no circuito do capital, sendo duplamente inferiorizadas nessa forma de organização social: quando é remunerado à baixas taxas salariais e quando é colocado em perspectiva comparativa em relação ao trabalho chamado produtivo. A respeito da lógica de invisibilidade do trabalho doméstico Davis nos traz esse entendimento abaixo:

> Os incontáveis afazeres que, juntos, são conhecidos como "tarefas domésticas" – cozinhar, lavar a louça, lavar a roupa, arrumar a cama, varrer o chão, ir às compras etc. –, ao que tudo indica, consomem, em média, de 3 mil a 4 mil horas do ano de uma dona de casa. Por mais impressionante que essa estatística seja, ela não é sequer uma estimativa da atenção constante e impossível de ser quantificada que as mães precisam dar às suas crianças. Assim como as obrigações maternas de uma mulher são aceitas como naturais, seu infinito esforço como dona de casa raramente é reconhecido no interior da família. As tarefas domésticas são, afinal de contas, praticamente invisíveis: "Ninguém as percebe, exceto quando não são feitas – notamos a cama desfeita, não o chão esfregado e lustrado". Invisíveis, repetitivas, exaustivas, improdutivas e nada criativas – esses são os adjetivos que melhor capturam a natureza das tarefas domésticas. (DAVIS, 2016, p.214)

A invisibilidade configura-se justamente como um enorme reforço ideológico da subalternidade do trabalho doméstico, devendo ser tratado como um apagamento fetichista da atividade realizada.

A segunda dimensão social do trabalho doméstico é a de que este passa a ser remunerado tendo como forma de exploração anterior direta a esse trabalho o escravismo. Aqui tratamos da realidade brasileira, no entanto não é uma especificidade única de nossa sociedade a vinculação entre escravidão e trabalho doméstico, sendo bastante provável que seja uma característica comum aos países da América. Aponta nesse sentido o texto de Saffioti:

> O fim da escravidão determinou o aparecimento do salariado nos serviços domésticos, embora uma imensa quantidade de meninas e moças continuasse a trabalhar em casas de família em troca de casa e comida, como crias de casa. Ainda hoje ouvem-se casos do estilo. Contudo, eles tendem a desaparecer. O trabalho doméstico sempre foi exercido sem regulamentação legal, o que deixava seus executores à margem dos benefícios da legislação trabalhista, como ainda é, parcialmente, o caso. (SAFFIOTI, 1978, p. 36)

A conexão com o escravismo é o elemento histórico que determina que o contingente maior de trabalhadoras nesse tipo de atividade no Brasil seja formado por mulheres negras, expressando-se aqui em concreto a inserção das individuas nas relações de produção já em estado de inferioridade, da qual deriva o elemento subjetivo da crença justificadora.

A terceira dimensão social do trabalho doméstico é o de que é realizado, justamente, no âmbito privado, o que de certa maneira explica em partes a expressão da ilegalidade que foi mencionado acima. Sendo no âmbito privado, o reconhecimento social dessa forma de trabalho, seja remunerado ou não, acaba por ser menor:

> Embora a independência econômica não seja suficiente para colocar a mulher em plano de igualdade com o homem, sendo necessárias para isto não apenas transformações radicais como também uma verdadeira revolução ideológica, o desempenho de uma atividade ocupacional representa condição *sine qua non* para a participação da mulher em outras esferas da vida social. Por esta razão a atividade profissional na esfera pública da economia (por oposição ao setor doméstico) é, muitas vezes, tornada como índice de progresso da condição da mulher em direção à igualdade social com o homem (SAFFIOTI, 1978, p. 10)

O fato de ser um trabalho realizado em âmbito doméstico e ser um serviço eminentemente braçal expõe inclusive uma influência direta sobre os estímulos

ideológicos aos quais são submetidas as trabalhadoras. Não se trata de um trabalho intelectual e nem de um trabalho que visa a apreciação social.

Assim dispomos que o processo de inferiorização a que estão submetidas frações da sociedade encontram seu núcleo de reprodução na inserção efetivada contra essas indivíduas nas relações de produção: 1) Um trabalho de baixa remuneração e considerado improdutivo; 2) Um trabalho que sucedeu a mão de obra escrava; 3) Um trabalho realizado em âmbito privado.

2. NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA

Após compreendermos a dinâmica específica do trabalho doméstico reservamos a este segundo momento a reflexão a respeito do papel social da negociação coletiva no panorama mais amplo da organização sindical no Brasil, de maneira que desenvolveremos a discussão de modo a aproximar a reflexão a respeito das negociações coletivas da problemática específica do trabalho doméstico.

Em primeira linha é de centralidade pontar a trajetória do sindicalismo em nível nacional. Os sindicatos surgem a partir da necessidade dos trabalhadores de reivindicar por seus direitos através de movimentos coletivos ou até mesmo por greves, com intuito de unificar a classe trabalhadora para tratar de demandas coletivas e individuais, tendo em vista a discrepância da desigualdade característica da realidade brasileira. A estrutura sindical brasileira é determinada, desde o seu surgimento por ser uma estrutura corporativista, de sindicato único, com financiamento estatal e autorizado a existir legalmente pelo Estado. Dessa maneira é configurada uma estrutura sindical com ares autoritários. Por outro lado, a principal função dos sindicatos, de maneira genérica, é dar voz aos trabalhadores e lutar pelo direito coletivo em comum, de maneira que encontra o organismo sindical brasileira inserido nessa dualidade entre expressão democrática e controle estatal.

As negociações coletivas configuram-se como expressão de um contrato coletivo celebrado entre um organismo sindical e um representante patronal. Nesse sentido existem diversas maneiras de organização do sistema de proteção trabalhista. Assim, por exemplo, o sistema adotado na Inglaterra é determinado pela regulação do trabalho através de negociações coletivas, enquanto em outros países da Europa a regulação da proteção ao trabalho se dá através da lei. No Brasil

adota-se um sistema misto, onde tanto a legislação quanto as negociações coletivas regulam as relações de trabalho. Delgado apresenta a negociação coletiva como indício do desenvolvimento democrático dos países:

> A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho. A experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social. Ao revés, as experiências autoritárias mais proeminentes detectadas caracterizavam- -se por um Direito do Trabalho pouco permeável à atuação dos sindicatos obreiros e à negociação coletiva trabalhista, fixando-se na matriz exclusiva ou essencialmente heterônoma de regulação das relações de trabalho. (DELGADO, 2017, p. 1559)

Observando a forma como as relações coletivas de trabalho se desenvolveram nos países centrais do capitalismo Silva pontua que nos países de inspiração autoritária, tais como na Alemanha Nazista e na Itália Fascista, o que se efetivou foi a aniquilação sindical e a consequente anulação da possibilidade de negociação coletiva. A reflexão trazida pela autora se desenvolve da seguinte maneira:

> Tal afastamento dos sindicatos e das incipientes representações sindicais do espaço da produção guarda relação com a afirmação de um modelo unitário de relação laboral, no qual a autoridade empresarial não pode ser contestada, deve ser unificada e indiscutível com a negação do valor do conflito e com recusa à legitimação do papel do sindicato na sociedade e na empresa. (SILVA, 2008, p. 54)

Nesse sentido, as negociações coletivas são instrumento de diálogo entre dois polos: de um lado os trabalhadores e, do outro, os empresários, com o interesse em comum de firmar uma responsabilidade coletiva para ambas as partes, tendo em vista que após este momento, as regras definidas através das negociações regerão as relações diárias de trabalho. Para tanto, precisamos olhar além, devemos levar em consideração a hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregador - é neste momento que o sindicato através do seu sentido coletivo busca representar os interesses dos trabalhadores. Não há como negociar algo tão importante como as regras de trabalho sem que haja debate e politização sobre os principais temas. Desta maneira, devemos analisar quais são as medidas tomadas para que esse conhecimento permeie perante aqueles que mais são afetados com as negociações: o próprio trabalhador. Consoante ao que foi dito, a negociação coletiva, por sua vez, é tratada por Barroso da seguinte forma:

> A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e participação. Ministro Luís Roberto Barroso, voto no julgamento do RE 590415 (30/04/2015)

A categoria conflito ganha centralidade na determinação do valor social das negociações coletivas. Havendo interesses conflitantes na relação de trabalho tal contradição precisa ser canalizada através de alguma forma social, dessa maneira, a superação da conflitualidade coletiva expressão de entre interesses distintos – entre patrões e trabalhadores – ganha forma jurídico-social através da negociação coletiva, legitimada essa pelo Estado. Esse vem a ser o valor social fundamental inerente às negociações coletivas, no entanto como podemos compreender a relação entre a negociação coletiva e o trabalho doméstico? Vejamos.

Durante o período histórico brasileiro podemos identificar diversas dificuldades enfrentadas pelas trabalhadoras domésticas, dificuldades estas, que ainda permeiam na sociedade atual, mas que foram parcialmente superadas com o passar do tempo. No Código Civil de 1916, o direito trabalhista era tratado de forma genérica e sem nenhuma divisão acerca dos trabalhadores. Sendo assim, após alguns decretos que foram transformados em leis, as trabalhadoras domésticas foram equiparadas aos trabalhadores urbanos, e a legislação assegurava a todos o direito à contraprestação do serviço prestado. Com a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, o artigo 7º, alínea "a", afastou os trabalhadores domésticos aos direitos assegurados pela CLT, o que resultou num desamparo jurídico da classe. Somente após quase 30 anos depois que, por meio da Lei nº 5.859/72, o trabalhador doméstico obteve a segurança de direitos básicos como por exemplo: direito a previdência social, férias remuneradas e registro na carteira de trabalho.

A nossa Constituição Federal de 1988 ao dispor, em seu artigo 7º, sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu parágrafo único seleciona alguns direitos a serem destinados também aos trabalhadores domésticos, que por sua vez não foram equiparados em sua totalidade aos outros trabalhadores, sendo resguardado a eles os seguintes direitos: salário mínimo fixado em lei; irredutibilidade do salário, salvo o que viesse a ser debatido em convenções ou acordo coletivo; carga horária de trabalho não excedente às oito horas; férias;

aposentadoria; entre outros. Contudo, não é o que agora vigora, com a Emenda Constitucional 72/2013, conhecida também como PEC das Domésticas, como resultado, as garantias antes oferecidas foram ampliadas. De imediato podemos citar como avanço: adicional para jornada extraordinária, popularmente chamada de hora extra, assim como o adicional noturno. O que nos leva a pensar que o trabalhador assalariado não é pago em sua integralidade, sobre isso Heleieth Saffioti nos traz um posicionamento:

> A parte do trabalho do escravo e do servo que permite a estes obter os meios de subsistência necessários à conservação e reprodução de sua força de trabalho aparece como trabalho não pago embora se trate de trabalho remunerado em espécie. Por seu turno, o trabalho assalariado assume a aparência de trabalho inteiramente pago quando apenas parcialmente o é. A remuneração do trabalho em dinheiro, portanto, sob a forma de salário, disfarça a apropriação, por parte do capitalista, do trabalho excedente do produtor imediato, como que numa substituição de uma justificativa jurídica já superada da exploração de uma classe social por outra. (SAFFIOTI, 1976, p. 27)

É de comum acordo que o patriarcado enraizado na sociedade brasileira nos faz refletir sobre um longo período de silenciamento das mulheres, como também um histórico de invisibilidade, que embora tenham seus direitos firmados e reconhecidos, ainda enfrentamos batalhas contra a pseudo-inserção, nada mais é do que oferecer direitos e garantias na teoria, porém, na realidade, continuamos a caminhar no escuro. Para iniciar a problemática acerca da proteção e garantias dispostas em favor das domésticas, seja pela Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, ou pela PEC das Domésticas, em 2015, devemos analisar além das normas, mas, principalmente, o contraponto que é a dificuldade de inserção das empregadas domésticas em meio à organização sindical, negociações coletivas e entre outros meios.

Assim, não é comum a prática do debate das domésticas, o conhecimento de seus direitos, ou ainda, o incentivo de conhecimento, de informação, que é disseminado entre outros sindicados de outras classes trabalhadoras, cabendo como exemplo a politização por trás dos sindicatos de categorias de trabalhadores industriais que diariamente são informados e que possuem conhecimento sobre assuntos relevantes para a classe.

Diante tamanha desigualdade social, a explicação para o apagamento das mulheres e a falta de informação, em específico das domésticas, aponta Heleieth:

> Assim, nas sociedades pré-capitalistas, embora jurídica, social e politicamente seja a mulher inferior ao homem, ela participa do sistema

> produtivo, desempenha, portanto, um relevante papel econômico. Este papel, entretanto, na medida em que é menos relevante que o do homem, se define como subsidiário no conjunto das funções econômicas da família. Enquanto a produtividade do trabalho é baixa (isto é, enquanto o processo de criação da riqueza social é extremamente lento) não se impõe à sociedade a necessidade de excluir as mulheres do sistema produtivo. Seu trabalho é ainda necessário para garantir a ociosidade das camadas dominantes. Todavia, o processo de sua expulsão do sistema produtivo já está esboçado na forma subsidiária assumida pelo seu trabalho. Tanto na economia feudal quanto na economia de burgo, e sobretudo nesta última, que prepara o advento da economia urbana, fabril, o emprego da força de trabalho feminina encontra sérias barreiras. Impedindo a penetração das mulheres ou oferecendo-lhes as posições subalternas e menos compensadoras, as corporações de ofícios, mais do que a economia agrária da época medieval, conduzem o processo de marginalização da mulher do sistema produtivo a uma etapa mais avançada. (SAFFIOTI, 1976, p. 35)

Assim, apreende-se que, em razão das características já levantadas inerentes ao trabalho doméstico, qual seja, a de que é um trabalho de baixa remuneração e considerado improdutivo, um trabalho que sucedeu a mão de obra escrava e um trabalho realizado em âmbito privado, são claras determinações impeditivas da participação das trabalhadoras no processo de intervenção sindical necessário à produção da negociação coletiva. Na primeira linha ressalta-se que a luta pela sobrevivência é a razão social que mais empurra os trabalhadores à não participação na organização de suas reivindicações coletivas. Tratando-se de trabalhadoras mal remuneradas, de baixa escolaridade, que necessitam para sobreviver de estar submetidas às condições de trabalho determinadas pelo emprego doméstico, encontra-se aqui obstáculo de difícil superação para a organização sindical das domésticas.

Por outro lado, em razão da conexão histórica com o escravismo o trabalho doméstico carrega consigo uma forte conexão com a reprodução ideológica colonial na qual o patriarcado e a submissão dos trabalhadores eram marcas inerentes. Aqui o componente hierárquico na relação familiar colonial, em que homens estariam acima das mulheres, que estariam acima dos filhos, que estariam acima dos escravos é reproduzido em traços gerais na relação de trabalho sob a ordem capitalista, inserindo-se a trabalhadora doméstica nos papeis ocupados pelas escravas. Por conta disso, por ser inserida em um local de tremenda inferiorização social, a participação ativa de uma trabalhadora doméstica em um espaço como o espaço da sociabilidade sindical é um processo tremendamente mais difícil do que outras categorias de trabalhadores.

Por fim, no que se refere ao fato do trabalho doméstico ter de ser realizado em âmbito privado temos, por consequência, que há, em uma parcela hegemônica das trabalhadoras um distanciamento espacial que mina a solidariedade entre as trabalhadoras, sendo residual o trabalho doméstico realizado com cooperação social entre trabalhadoras. Assim, as possibilidades de organização coletiva das trabalhadoras domésticas são mais escassas e dificultadas pelo local social onde o trabalho é desenvolvido. Além de ingressar aí um componente ideológico que que discutiremos a partir do seguinte excerto dos Manuscritos Econômico-filosóficos de Marx: "O trabalhador só se sente, por conseguinte e em primeiro lugar, junto a si [quando] fora de casa e fora de si [quando] no trabalho. Está em casa quando não trabalha e, quando trabalha, não está em casa" (MARX, 2008 p. 83). Duas reflexões aqui são necessárias: como se sente a trabalhadora quando o seu trabalho é realizado na casa do outro? Como enxerga o restante da sociedade o trabalho doméstico realizado em casa, já que a casa é vista como um espaço social fora do trabalho? Opera-se aí uma dupla alienação: a primeira pelo olhar das próprias trabalhadoras a respeito do seu trabalho; a segunda pelo restante da sociedade a respeito dele. Nos dois processos o trabalho doméstico tende a ser visto como um não-trabalho, e sendo visto como não-trabalho não cabe a estas trabalhadoras a reivindicação por melhorias. Opera-se aí a relação familiar, doméstica, diluidora da relação de emprego.

3. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA FIRMADA PELO SINDOMÉSTICA DE SÃO PAULO

Levando em consideração o que foi dito nos capítulos anteriores estabeleceremos, neste momento, uma discussão sobre o sindicato dos trabalhadores domésticos da grande São Paulo e a convenção coletiva de 2019 conquistada por eles. Bem, sabemos da importância que um sindicato faz na vida do proletariado, mas também percebemos que normalmente classes trabalhadoras inferiorizadas pela sociedade e que em que em alguns casos são formadas exclusivamente por mulheres, não tem acesso ou até mesmo não tem um sindicato para lutar em conjunto por condições dignas de trabalho. No Estado de São Paulo a classe de trabalhadores domésticos que abrange de babás a copeiros é representada pelo Sindicato dos Trabalhadores Domésticos da Grande São Paulo (SIMDOMÉSTICA) criado em 2007 com objetivo de dar voz a está classe trabalhadora marginalizada pela sociedade e garantindo a eles melhores condições de trabalho, seja através de intervenções nas ruas de São Paulo ou até mesmo indo

para Brasília a procura de apoio politico para suas demandas e como resultado de seus esforços tem conquistado diversos direitos para os trabalhadores domésticos.

A luta dos trabalhadores e de seus representantes resultou na assinatura da convenção coletiva de 2019 beneficiando diversas trabalhadoras do estado de São Paulo, formulada em comum acordo entre o sindicado dos empregadores domésticos de São Paulo e o sindicato dos trabalhadores domésticos da grande São Paulo. Dessa forma, trouxe uma maior segurança jurídica para esta classe que ainda é vítima do sistema de inferiorização do trabalho doméstico, com destaque para a empregada doméstica, visto que, se trata de um trabalho realizado quase que com exclusividade por mulheres, negras e de baixa escolaridade.

A convenção coletiva em questão teve vigência do dia primeiro de março de dois mil e dezoito ao dia vinte e oito de fevereiro de dois mil e dezenove, abrangendo as seguintes categorias do estado de São Paulo: babás ou acompanhantes, faxineiros, arrumadeiras, jardineiros, motoristas particulares, lavadeiras, passadeiras, cozinheiras, copeiras, mordomos, governantas e copeiros. Dessa forma, restam incorporados enquanto categorias aquelas que prestam serviços a famílias ou pessoas em âmbitos residenciais. A referida convenção, trouxe diversos benefícios e reafirmou, também diversos direitos, como por exemplo a fixação do piso salarial para quem mora na residência onde trabalha.

No que se refere ao piso salarial o documento em análise determinou, através de uma tabela, o valor que deve ser pago a cada trabalhadora que necessite, em virtude de suas funções ou necessidades residir no local onde trabalha, por exemplo a babá que cuida de uma criança, o seu piso salarial será de mil setecentos e setenta e sete reais e sessenta e seis centavos e assim sucessivamente, copeira, cozinheira, domestica, entre outras funções, trazendo dessa forma uma segurança com relação ao salário que será pago, portanto o empregador deve respeitar este valor, previsto na convenção coletiva, visto que, o salário deve contribuir para a subsistência do indivíduo, cumprindo a sua função social.

A questão da desocupação do imóvel, para quem reside no trabalho, também teve sua importância reafirmada, desta forma, a partir daquela data quem tivesse o contrato de trabalho rescindido teria direito a 30 dias para desocupar o imóvel e em casos de demissão por justa causa, o direito seria assegurado por um período de dez dias, ou seja, concedendo ao empregado o direito a estabilidade e segurança, visto que, em decorrência da relação empregatícia, o trabalhador está em situação de vulnerabilidade. Além desses direitos adquiridos para a classe das trabalhadoras domésticas, a rescisão do contrato também é um tema de grande

importância e que esteve presente na convenção coletiva de 2019, a partir daquela data, conforme estava estipulado na clausula trigésima terceira, se por qualquer eventual motivo o empregado ou empregador descumprisse as cláusulas da convenção, ambos poderiam solicitar a rescisão do contrato, nos termos do artigo 483 da consolidação das leis do trabalho, ou seja, ficam ambas as partes amparadas caso ocorra o descumprimento de algumas das cláusulas pactuadas na convenção.

Através desta convenção tendo como base a lei dos trabalhadores domésticos, foi assegurado à trabalhadora doméstica, gestante a estabilidade no emprego desde a confirmação da gravides até o quinto mês após o parto, sendo que a garantia desta clausula pode ser substituída por uma indenização referente aos salários devidos até o término da estabilidade. A segurança para o emprego da gestante principalmente referente a esta classe é de grande centralidade, visto que, a relação de trabalho e a gravidez quando juntas, sofrem uma grande opressão, posto que, os fatores biológicos para uma sociedade machista, minimizam as qualidades e a mão de obra das mulheres, um pensamento que se reproduz por muitos anos, quando se fala de trabalhando sendo realizado pelo gênero feminino. Heleieth Saffioti analisa a relação entre o biológico e a configuração da relação entre classes sociais da seguinte forma:

> A condição da mulher nas sociedades de classes tem sido vista por numerosos estudiosos como o resultado da injunção de fatores de duas ordens diversas: de ordem natural e de ordem social. Dentre os primeiros, o mais sério diria respeito ao fato de a capacidade de trabalho da mulher sofrer grande redução nos últimos meses do período de gestação e nos primeiros tempos que se seguem ao parto. O aleitamento tornaria ainda insubstituível a mãe junto à criança pequena. Estes fatos biológicos são, muitas vezes, utilizados para justificar a inatividade profissional da mulher durante toda a sua existência, o que, por vezes, tem consequências extremamente desastrosas quer para o equilíbrio da personalidade feminina, quer para a socialização dos filhos, quer ainda para as relações conjugais. (SAFFIOTI, 1976, p. 51)

Diante de muita opressão, como mencionado anteriormente, a trabalhadora doméstica alcançou mais uma vitória consolidada na lei complementar 150 e reafirmada pela convenção coletiva, que foi o benefício do auxilio creche, uma atitude que visa preservar a mão de obra feminina, flexibilizando as obrigações que são impostas as mulheres desde cedo além de trazer mais tranquilidade para mãe em seu ambiente de trabalho, visto que, em virtude das condições empregatícias, a mulher deve deixar seu filho em casa para cuidar da família e da casa de outras pessoas, portanto, o auxilio creche passa a ser um direito extremamente moral, nada mais digno do que proporcionar ao filho da

empregada doméstica um local seguro e de boa qualidade enquanto ele espera sua mãe retornar do trabalho, apesar de ser uma iniciativa nobre e necessária , depende exclusivamente do estado ou do município, muitas das trabalhadoras domesticas não conseguem vagas nas respectivas creches e por vezes deixam seus filhos sob os cuidados de seus familiares ou os levam para o trabalho, fica contado, portanto que mais uma vez a mulher é vítima de uma sociedade machista, que não dá oportunidades e condições para as mulheres exercerem suas atividades trabalhistas, uma vez que a raça e o gênero são fatores determinantes na sociedade contemporânea, para a inferiorizarão da mão de obra dessas trabalhadoras.

Observando o contexto geral da convenção coletiva de 2019 e diante do que foi mencionado é importante frisar que no decorrer do texto fica perceptível que entre empregado e o empregador existe uma liberdade para as tomadas de decisões isto se dá, portanto em decorrência, da situação de trabalho doméstico, o convívio diário trás para essa relação empregatícia a possibilidade de resolução de divergências entre as partes envolvidas, e as modificações de algumas cláusulas, mas ambos assistidos por seus respectivos sindicatos, para que possam mediar da melhor forma e preservar os direitos de ambas as parte, trazendo para esta relação a autonomia privada coletiva, com o intuído de harmonizar a relação empregado e empregador sem a participação da entidade estatal.

Quais são as relações existentes entre a forma como se produz e se reproduz o trabalho doméstico remunerado e a forma como se reproduz os direitos das domésticas cristalizado na negociação coletiva?

Em primeira linha temos por necessário frisar que as negociações coletivas de maneira geral e a convenção das domésticas em análise de forma específica tem como pano de fundo a regulação de relações econômicas. No caso em específico os turnos de trabalho, os adicionais noturnos, a regulação do direito de horas extras e de banco de horas, são aspectos que dimensionam a forma como o tempo de trabalho doméstico é comprado e vendido. Por outro lado, além das perspectivas temporais, temos também a perspectiva espacial, onde o local do trabalho doméstico é regulado, gerando normatizações da forma como esse trabalho em específico é comprado e vendido que tem como especificidade diferenciadora o fato de que este é realizado no domicílio do contratante.

Em um segundo arco de análises é fundamental apreender como, no caso, a relação jurídica serve a um processo de apagamento das especificidades materiais das sujeitas que realizam o trabalho doméstico. Tirando a exceção do direito assegurado em decorrência da gravidez nenhuma outra norma interna da

negociação coletiva simboliza uma expressão do caráter de gênero e de raça do trabalho realizado pelas trabalhadoras domésticas. A redução do trabalho a questões de tempo e espaço invisibilizam o trabalho concretamente realizado, eliminando as características humanas inerentes à forma como o trabalho doméstico é especificamente realizado.

Por último, os direitos garantidos pela convenção, mesmo aqueles reduzidos à perspectivas temporais e espaciais, são potencialmente contraditórios em relação ao modo de reprodução do trabalho doméstico. Quantas domésticas de fato tem garantido horas extras? Férias? Piso Salarial? Aqui retornamos aos aspectos característicos do trabalho doméstico que delineamos ao longo do artigo para questionar a distância existente entre a norma jurídica em abstrato e a reprodução efetiva da proteção ao trabalho que a norma visa. Um trabalho que é por tradição na realidade brasileira uma herança do escravismo e que é reproduzido em ambiente doméstico tem já em si obstáculos estruturais que dificultam a regulação pelo Direito.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada teve como objeto central a relação de gênero, raça e o trabalho doméstico. A classe trabalhadora, objeto de nossa pesquisa é composta por mulheres negras e de baixa escolaridade, uma minoria que é marginalizada pelo sistema capitalista vigente, visto que, é um trabalho realizado pelas mulheres em âmbito privado e de baixa remuneração. Por anos vivemos em um sistema patriarcal, onde a mulher não tinha fala. Era fundamental para a sociedade, naquela época, a presença da mulher em casa cuidando de seus filhos e de seu marido, não existia a necessidade de mulheres em ambientes de trabalho.

No texto incorporamos a questão da escravidão, onde as mulheres negras, cuidavam das casas dos senhores de engenho, com o evoluir dos séculos as mulheres conseguem direitos e se inserem no mercado de trabalho, deixando suas casas sob os cuidados das empregadas domésticas. Determina-se então um sistema hierárquico, que em virtude das condições a qual estão expostas as mulheres negras, são obrigadas a assumir esta função, saindo de suas casas e assumindo a responsabilidade de outras, exercendo essas atividades por longos períodos e se contentando com o baixo salário atribuído a seu trabalho.

Por razões históricas e falta de informações, essas mulheres negligenciam seus direitos, e passam a aceitar as condições impostas por seus empregadores, o

que não é o caso dos petroleiros e metalúrgicos porque seus direitos são amplamente debatidos através de suas representações, ou seja, seus sindicatos.

O sindicato tem o papel de proteger os direitos dos trabalhadores e tentar obter um dialogo com a classe de empregadores tendo o intuído de se colocar em pratica questões de importância para o proletariado, obtendo desta forma vantagens e melhores condições para o empregado. No estado de São Paulo a empregada doméstica tem como representação da classe o SINDOMESTICA, o sindicato dos trabalhadores domésticos que representa está classe minoritária agregando diversos direitos como foi o caso da Negociação coletiva firmada em 2019.

Do ponto de vista jurídico, como desenvolvido ao logo do artigo, construímos uma ordem cronológica que tem por finalidade expor como as domésticas têm evoluído no histórico de obtenção de direitos assegurados por meio de legislação específica e, mais importante ainda, a efetividade de tais normas. Avançando em conjunto a tamanha evolução, é de suma importância não só a organização sindical, que tem por intuito reunir pautas coletivas e individuais, mas, principalmente as negociações coletivas que por fim tendem a efetivar debates, anseios e questões de cunho coletivo para com o respectivo representante patronal. A grande problemática acerca do tema foi realizada para além da relação jurídico-normativa, passando por uma análise social em relação à de que maneira as trabalhadoras domésticas, ainda que tenham seus direitos resguardados, continuam a lutar contra a invisibilidade da mulher no mercado de trabalho.

Por fim, reconhecemos que para tanto, além da evolução normativa, a forma de como as mulheres foram invisibilizadas e silenciadas hoje exige que busquemos solucionar também a politização de debates de caráter crítico sobre as pautas recorrentes em relação à própria classe para que assim possamos erguer um pensamento coletivo do que vem a ser debatido, ou seja, é necessário que o conhecimento permeei não somente dentro das organizações sindicais, mas que seja construído uma rede informativa disponível para que todas trabalhadoras domésticas possam entender e assumir uma postura diferente em relação aos seus direitos, que por vezes existem, mas que são negligenciados por falta de conhecimento, e até mesmo pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que as grandes conquistas perceptíveis para essa classe trabalhadora surgiram no ano de 2013, com a PEC das domésticas que veio para editar a emenda constitucional de número 72, incluindo na Constituição Federal o artigo 7 paragrafo único, fazendo com que alguns direitos, presentes neste artigo fossem estendidos para de

trabalhadoras domésticas, como por exemplo: salário mínimo fixado em lei, a vedação da redução do salario, salvo em casos de convenções ou acordos coletivos, jornadas diárias de 8 horas e semanais de 44 horas, além do trabalho doméstico ser incluso a previdência social, a partir desses novos direitos adquiridos, convenções e acordos coletivos foram firmados entre empregados e empregadores, tornando, desta forma, o sistema jurídico cada vez mais seguro e estável para os trabalhadores em questão.

REFERÊNCIAS

DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, Heleietg Iara Bongiovani. Emprego Doméstico e capitalismo. Petrópolis: Vozes, 1978.

THOMPSON, Edward P. A formação da classe operária inglesa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

SILÊNCIO NA "GRANDE NOITE": feminicídio negro e o reflexos da necropolítica no Brasil

Marcela de Toledo Piza Costa Machado
Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana (PPFH), da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista CAPES.
marcela.toledo.machado@hotmail.com

Giovanna Marafon
Professora no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana (PPFH), da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
giovannamarafon@gmail.com

Resumo: O presente trabalho analisa o fenômeno do feminicídio negro e como ele mantém relação intrínseca com conceitos como: necropolítica, feminismo negro e interseccionalidade, interrogando os direitos humanos. Questionamos: como os corpos de mulheres negras têm sido considerados descartáveis e matáveis e constituindo-se em uma zona do não ser tal como pensou Frantz Fanon? Ou seja, interessa fazer problema em torno de como o corpo negro foi enquadrado na negação da humanidade, que acaba por ser um corpo permissível de ser morto. Com isso, o referencial teórico para compreender o racismo estrutural é percorrido com Silvio Almeida e, o conceito de interseccionalidade a partir da análise de Carla Akotirene, por considerar as múltiplas opressões que o corpo da mulher negra sofre, analisando a intersecção entre classe, raça, gênero e território. A partir disso, perceber como essas mulheres negras estão em um contexto de necropolítica, levantando a análise feita por Achille Mbembe, acerca da democracia racista. E, por fim, transversal aos pontos já levantados, compreender como o corpo negro não é visto como humano, o que legitima a política de produção de morte com a intensificação da lógica colonial, ou seja, lançando o corpo negro a não ser visto como detentor de humanidade, assim, sendo considerado descartável. Na percepção acerca da morte, é imprescindível que observemos a morte não somente biológica, mas também a morte empírica promovida pelas faces do racismo. Portanto, é fundamental ressaltar como o Estado opera na gestão dos corpos das mulheres negras, o que repercute nas múltiplas faces da violência e culmina em mortes com marcas de raça e gênero.

Palavras chave: feminicídio negro, necropolítica, feminismo negro, interseccionalidade.

Abstract: The current work analyses the phenomenon of black feminicide and how it maintains an intrinsic relation with concepts such as: necropolitics, black feminism and intersectionality, interrogating human rights. It is questioned: how

have the bodies of black women been considered disposable and killable and constituting in an area of non-being, as thought by Frantz Fanon? In other words, it is interesting to make a problem about how the black body is framed in the denial of humanity, which turns out to be a permissible body to be killed. Thereby, the theoretical framework for understanding structural racism is covered by Silvio Almeida and, the concept of intersectionality from Carla Akotirene's analysis, for considering the multiple oppressions that the black woman's body suffers, analysing the intersection between class, race, gender and territory. From that, to realise how these black women are in a context of necropolitics, bringing the analysis by Achille Mbembe about racist democracy. And, finally, transversal to the points already raised, to understand how the black body is not seen as human, which legitimises the politics of death with the intensification of the colonial logic, that is, making the black body unseen as full of humanity, thus, being considered disposable. In the perception about death, it is essential that we observe not only the biological death, but also the empirical one promoted by the faces of racism. Therefore, it is fundamental to emphasise how the State operates in the management of the bodies of black women, which has repercussions on the multiples faces of violence and culminates in deaths with traces of race and gender.

Keywords: black feminicide, necropolitics, black feminism, intersectionality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho constitui um ensaio teórico a partir da análise do tema "feminicídio de mulheres negras" no Brasil. Parte de uma análise bibliográfica e tem como intenção contribuir com o campo de estudo do feminicídio negro no Brasil, considerando as possíveis reflexões que se desdobram a partir de um entendimento central: a lógica da necropolítica. Para isso, percorre leituras acerca da necropolítica, expressão muito bem cunhada pelo teórico camaronês Achille Mbembe. Nesse sentido, esse trabalho procura articular conceitos como: racismo estrutural, feminismo negro, interseccionalidade e, necropolítica, entendendo a relevância de tais contribuições no que cerne ao debate acerca das narrativas de vidas das mulheres negras e como se caracteriza o fenômeno do feminicídio negro.

A partir disso, é importante entendermos que a intenção desse trabalho é tratar do feminicídio negro não só pela morte biológica de mulheres negras, mas entender tal fenômeno como um processo, gradual, que se dá a partir das violências oriundas do racismo estrutural. Diante dessa perspectiva, é importante compreender como os corpos das mulheres negras são historicamente

marginalizados e criminalizados e entender também como se constituem como corpos matáveis, a quem é negada a humanidade e, assim, legitimando tais mortes como biológicas e sociais.

Diante desse prisma, o objetivo principal desse trabalho é fazer com que pensemos o feminicídio negro para além da perspectiva jurídica que o considera como a morte de uma mulher por ser mulher negra. Esse trabalho propõe pensar o fenômeno do feminicídio a se considerar as mortes das mulheres negras não só no âmbito biológico, ou seja, de perder a vida pela vida, mas também considerar essas mortes, como diria Achille Mbembe, em seu livro Necropolítica, como "matanças invisíveis"(MBEMBE, 2018, p.49) que denotam a "morte-em-vida"(MBEMBE, 2018, p. 29).

DESENVOLVIMENTO

> a máscara representa o colonialismo como um todo. Ela simboliza políticas sádicas de conquista e dominação e seus regimes brutais de silenciamento das/os chamadas/os "Outras/os": Quem pode falar? O que acontece quando falamos? E sobre o que podemos falar? A boca é um órgão muito especial. Ela simboliza a fala e a enunciação. (Kilomba, 2019, p.33)

Escolhemos começar esse trabalho com esse trecho do livro "Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano" da então psicóloga Grada Kilomba, hoje multi-artista, traduzido e publicado no Brasil no ano de 2019, com a intenção de gerar uma primeira reflexão acerca do silenciamento histórico da mulher negra, silenciamento esse que, como a própria autora aponta, faz parte do projeto colonial que perdura até hoje, a máscara que pesa sobre ela e seu não-lugar na sociedade. É importante entender que esse silenciamento histórico da mulher negra se deu, na realidade brasileira, em função das políticas de colonização portuguesa, parte do projeto colonial europeu por mais de três séculos, que agiu construindo o ideário de que o corpo negro era inferior e, com isso, justificando e se valendo da escravização de tais corpos e da exploração dos corpos negros. Nesse sentido, é fundamental compreender como a voz da mulher negra foi silenciada e apagada e como isso constitui e simboliza uma de suas mortes simbólicas, que vamos desenhando ao longo desse trabalho.

Nesse sentido, esse trabalho procura pensar como os corpos das mulheres negras se constituem como corpos matáveis, não só biologicamente, mas tal qual como pensou Achille Mbembe (2018), trata-se de reconhecer essas formas de

morte-em-vida. Isso faz com que pensemos que não é preciso estar morto biologicamente para morrer. Tentaremos aqui traçar alguns argumentos para pensarmos essas "matanças invisíveis"(MBEMBE, 2018, p.49), ou seja, mortes simbólicas sobre os corpos das mulheres negras. A partir disso, trazemos uma citação que materializa como as mortes sociais estão combinadas e atreladas às mortes biológicas. Como diz Mbembe: "Às execuções a céu aberto somam-se matanças invisíveis."(MBEMBE, 2018, p. 49). É importante perceber como se materializam na sociedade brasileira as manifestações dessas mortes, percebendo que se legitimam a partir do ideário racista promovido e fortalecido pela permanência da lógica colonial.

Diante desse prisma, o presente trabalho analisa o fenômeno do feminicídio negro e como ele mantém relação intrínseca com conceitos como: necropolítica, feminismo negro e interseccionalidade, interrogando os direitos humanos. Questionamos: como os corpos de mulheres negras têm sido considerados descartáveis e matáveis, o que, constitui, tal como pensou Frantz Fanon, uma zona do não ser?

Dito isso, podemos pensar como e por que se legitima, a partir da sociedade, a morte dessas mulheres negras e qual análise é inserida nesse contexto. Nesse sentido, é importante refletir como se estrutura na sociedade brasileira um pensamento social enraizado no racismo oriundo das políticas de embranquecimento, em função do resultado da colonização portuguesa[1], voltada pela via da imigração de europeus para o Brasil e pelo mito da democracia racial. Nesse sentido, é importante entender que a colonização portuguesa se deu no Brasil com a imigração de pessoas advindas da Europa com o objetivo de embranquecer a sociedade, e trouxe como finalidade a consolidação do mito da democracia racial, que com o advento da miscigenação, oriunda do estupro colonial, construiu uma falsa impressão de que não havia racismo no Brasil. O professor e jurista Silvio Almeida tem um papel fundamental quanto a esse debate, para percebermos como há a concretude de um racismo que se faz estrutural e estruturante desde a invasão e colonização.

[1] Vale lembrar nesse momento que é importante demarcar que a colonização portuguesa tinha um modo característico de colonização por via da integração. Ou seja, a socialização se dava por uma forma de aproximação dos povos nativos, o que muitas vezes pode invisibilizar a questão da exploração do território e dos nativos, que se deu massivamente aqui no Brasil.

A partir disso, ele considera importante percebermos as peculiaridades de cada colonização e direciona seu olhar à colonização ocorrida no Brasil. Nesse sentido, é importante entender que, historicamente, as mulheres negras foram colocadas em um lugar de submissão em função das políticas de colonização portuguesa que ocorreram. Segundo a importante intelectual brasileira Lélia Gonzalez, em Rios e Lima (2020), a colonização no Brasil foi por muitas vezes considerada não racista e por esse ponto contribuiu para fomentar a ideia e uma subjetividade atravessada por uma imensa e grave falácia em nossa sociedade. Um dos grandes responsáveis pela veiculação torpe do que ocorreu é o dito "mito da democracia racial". Advém dessa construção errônea e equivocada, muito investida no ideário nacional, que teria havido uma "mistura das raças", supostamente pacífica e cordial, que posteriormente veio a ser chamada e enaltecida como mestiçagem. A esse respeito, Lélia Gonzalez fez teorizações contumazes e conceituou a "neurose cultural brasileira", que tem uma série de efeitos na sociabilidade, como profundas tensões raciais, desumanização das mulheres negras, enaltecimento de seus corpos somente no carnaval, como um desejo ao mesmo tempo incitado e censurado. Vejamos:

> O lugar em que nos situamos determinará nossa interpretação sobre o duplo fenômeno do racismo e do sexismo. Para nós o racismo se constitui como a sintomática que caracteriza a neurose cultural brasileira. Nesse sentido, veremos que sua articulação com o sexismo produz efeitos violentos sobre a mulher negra em particular. Consequentemente, o lugar de onde falaremos põe um outro, aquele é que habitualmente nós vínhamos colocando em textos anteriores. E a mudança foi se dando a partir de certas noções que, forçando sua emergência em nosso discurso, nos levaram a retornar a questão da mulher negra numa outra perspectiva. Trata-se das noções de mulata, doméstica e mãe preta. (GONZALEZ, 1984, p.224)

Nesse sentido, Gonzalez (1984) traz importantes teorizações acerca do lugar da mulher negra e como se relacionam o sexismo e o racismo quando olhamos para os estigmas amplamente colocados. A partir disso, é importante entender a relevância de tal temática a se perceber como as mulheres negras são amplamente vistas dentro dos estereótipos trazidos pela construção do racismo estrutural, como a autora se refere no trecho acima acerca dos termos: "mulata", "doméstica" e "mãe preta". Entendendo que esses lugares foram socialmente e historicamente destinados às mulheres negras, sendo alguns dos desdobramentos do mito da democracia racial.

Entretanto, convém repensar a noção de mestiçagem ao longo de toda a colonização, e com o advento dessas discussões, é importante pensar que a tal "mestiçagem" ocorreu aqui em função do estupro colonial praticado pelos senhores contra as mulheres negras escravizadas, a eles pertencentes. Tal fato é bem demonstrado por Sueli Carneiro (2011) em suas discussões acerca dessa construção no imaginário, que precisa ser vista enquanto tal, de que somos fruto do estupro colonial, sendo assim, fruto de violência, violência essa marcadamente racista.

A partir desse contexto, é possível perceber como os corpos negros têm um papel importante no que se refere às faces da violência produzida não só na época da colonização e da escravidão, mas que se perpetua até hoje com a permanência da lógica colonial. O que isso significa? Desde a colonização em território brasileiro se constitui uma produção da animalização, hiperssexualização e coisificação do corpo negro. A partir disso, podemos nos aproximar das discussões que envolvem pensar raça e gênero em articulação, racismo e sexismo. É importante salientar como as mulheres negras foram e ainda são alvo das multifaces da violência que a própria sociedade produz e reproduz tomando-as como alvo.

Dessa forma, a filósofa negra Sueli Carneiro faz pensar como o corpo da mulher negra apresenta projetado sobre ela camadas de hiperssexualização e coisificação, como já foi dito anteriormente, devido à permanência da lógica colonial. O trecho abaixo demonstra como a perpetuação do estupro colonial estabelece relação com o corpo da mulher negra, o que acaba por intensificar a hipersexualização, mas para além disso, reforçar e enquadrar esse corpo como um corpo sem valor.

> No Brasil, o estupro colonial perpetrado pelos senhores brancos portugueses sobre negras indígenas está na origem de todas as construções sobre a identidade nacional e construções hierárquicas de gênero e raça presentes em nossas sociedade, configurando aquilo que Ângela Gilliam define como 'a grande teoria do esperma da formação nacional', mediante o qual, segundo ela : 1) o papel da mulher negra na formação da cultura nacional é rejeitado; 2) a desigualdade entre homem e mulher é erotizada; 3) a violência sexual contra as mulheres negras é romantizada (Gilliam apud Carneiro, 2002, p.169).

Visto isso, é importante pensar como os corpos das mulheres negras vem sendo violentados e marginalizados com o passar do tempo e como se constituem como corpos descartáveis. Não mais é possível concentrar-se apenas no segundo

aspecto, citado por Sueli Carneiro, que diria respeito à desigualdade de gênero entre homens e mulheres, como se fossem universais. É fundamental que as análises contemplem uma percepção mais apurada, que revela a rejeição histórica das mulheres negras na constituição da nação e que, junto a isso, tem romantizado a violência sexual contra as mulheres negras.

Nesse sentido, para criar novas questões e estabelecer a relação existente entre a necropolítica e o feminicídio negro, além de uma breve análise quanto à construção e consolidação de uma sociedade estruturalmente racista, cabe pensar o que podem dizer os dados acerca do feminicídio de mulheres negras.

Os dados do feminicídio negro são fundamentais para estabelecer algumas relações. De acordo com a Rede de Observatórios de Segurança Pública, 61% das vítimas de feminicídio são mulheres negras. A partir desse dado, é importante trazer o conceito de interseccionalidade, que oferece uma importante questão a ser pensada quanto ao feminicídio negro. Segundo Carla Akotirene (2019), a interseccionalidade é uma ferramenta metodológica analítica para considerar que as mulheres negras sofrem multiopressões, multiopressões essas que se interseccionam, ou seja, são transversais, considerando: raça, gênero, classe social e território. Nesse trabalho, o conceito de interseccionalidade é fundamental para problematizar que essas mulheres negras que são mortas têm toda a complexidade envolvida quando pensamos que: são mulheres, identificadas socialmente pelo gênero feminino; negras, pensando no âmbito racial; pobres, pensando na classe social e moradoras de periferias urbanas, pensando no território. E essas marcações sociais que as diferenciam de outras estão conjugadas quando se pensa o feminicídio de mulheres negras.

Diante desse prisma, estudar o racismo combinado com o machismo no viés do feminismo interseccional é demonstrar a importância de tomar conhecimento de como a sociedade se comporta mediante o tema referido e se ela dá visibilidade ao problema. Em outras palavras, a forma como a sociedade encara o tratamento dado à mulher negra – a que está na encruzilhada das intersecções: ser mulher e ser negra, geralmente pobre e periférica, devido à constituição histórica e social brasileira – pode determinar o grau de preocupação e de atitudes frente a esse grave problema, quando ele é visto como problema, porque geralmente não aparece enquanto tal, sendo invisibilizado e menosprezado.

A partir disso, é importante pensarmos como as violências atingem o corpo das mulheres negras, tendo em vista o que já foi apresentado, acerca da

permanência da lógica colonial em nossa sociedade consolidando uma democracia racista. Nesse sentido, é importante compreendermos que a partir de uma sociedade que tem sua base no racismo, como se constitui um modelo societário trazendo as discussões da democracia, que podemos compreender como tal modelo legitima alguns discursos e deslegitima a posição e o debate desenvolvido pelas mulheres negras, por exemplo. É por esse fato que a partir de análise da obra de Achille Mbembe, trazemos o conceito da democracia racista, entendendo que tal conceito contempla o lugar e o não-lugar da mulher negra na sociedade brasileira.

Diante desse prisma, é perceptível que a mortificação das mulheres negras foi naturalizada, constituindo um regime em que seus corpos tornam-se descartáveis e matáveis, e isso faz com que seja muito importante discutir os direitos humanos e como se constituiu historicamente essa permissividade para tais mortes, até hoje.

Nesse sentido, a obra de Frantz Fanon traz importantes análises acerca do corpo e da subjetividade negra. Para o autor, existem duas zonas na sociedade: a zona do ser e a zona do não ser. A zona do ser seria voltada àquilo que se chamaria de branquitude e dos padrões dos colonizadores, padrões que foram brutalmente instituídos e construídos, detentores da ideia única e excludente de uma humanidade. A zona do não ser, por sua vez, que seria voltada à negritude, algo que nos interessa fazer problema em torno de como o corpo negro foi enquadrado na negação da humanidade, que acaba por ser um corpo permissível de ser morto.

Nesse contexto, pode-se afirmar que essa teoria pode se coadunar com análises de dados estatísticos, pois, de acordo com o Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, de 2017, a jovem negra tem duas vezes mais chances de sofrer violência no Brasil. De acordo com o Atlas da Violência, de 2017, mostrou que no período de 10 anos, de 2005 a 2015, a taxa de homicídios de mulheres negras aumentou em 22%, enquanto das mulheres brancas teve uma diminuição de 7,4%. O que isso demonstra? O Dossiê Mulher, de 2015, aponta que 56,8% das vítimas de estupros registrados no Estado do Rio de Janeiro, em 2014, eram negras. Já o Dossiê Mulher, de 2018, demonstra que 2 a cada 3 mulheres vítimas de homicídio são negras/pardas. Igualmente em relação a diversos países, no Brasil, as mulheres negras aparecem como maioria das vítimas de violações de direitos humanos e cujas vidas mais estão ameaçadas.

Como já vimos nos dados trazidos acima, a mulher jovem e negra é a que mais morre no país, e morre pelo simples fato de ser mulher e negra. O fato descrito é denominado como feminicídio negro e esse fator remete aos conceitos trazidos acima: vulnerabilidade e vitimização. As vítimas alvo do feminicídio são as mulheres negras, em sua maioria, moradoras de favelas, ou lugares vulneráveis que reforçam o discurso do senso comum. Elas são consideradas um objeto servil como as empregadas domésticas, por exemplo.

Um emblemático exemplo de toda a desumanização que acontece com as mulheres negras e como essa desumanização se constitui como uma das faces das violências oriundas do racismo estrutural é o discurso proferido pela ativista negra e escravizada Sojourner Truth. Ainda no século XIX, nos Estados Unidos, ela trouxe em seu discurso, a narrativa de não ser vista como mulher, e que traz implicitamente sinalizando para a relevância de ver a desumanização de seu que se apoderava de seu corpo:

> Aquele homem ali diz que é preciso ajudar as mulheres a subir numa carruagem, é preciso carregar elas quando atravessam um lamaçal e elas devem ocupar sempre os melhores lugares. Nunca ninguém me ajuda a subir numa carruagem, a passar por cima da lama ou me cede o melhor lugar! E não sou uma mulher? Olhem para mim! Olhem para meu braço! Eu capinei, eu plantei juntei palha nos celeiros e homem nenhum conseguiu me superar! E não sou uma mulher? Eu consegui trabalhar e comer tanto quanto um homem – quando tinha o que comer – e também aguentei as chicotadas! E não sou mulher? Pari cinco filhos e a maioria deles foi vendida como escravos. Quando manifestei minha dor de mãe, ninguém, a não ser Jesus, me ouviu! E não sou uma mulher?
>
> (Discurso proferido por Sojourner Truth, em 1851.)

Diante desta perspectiva, é importante não olvidar a relação que aqui queremos fazer entre o feminicídio negro e a necropolítica. A partir disso, o intelectual camaronês Achille Mbembe realiza uma análise fundamental, após sua análise acerca da obra de Michael Foucault sobre o biopoder, Mbembe acredita que entra em ação uma nova lógica biopolítica baseada no racismo e nas políticas genocidas. Para isso, compreende a ascensão do fenômeno da necropolítica, que seria considerada uma política de produção de morte, morte de corpos que são descartáveis e matáveis em função desse ideário de democracia racista. A partir disso, Mbembe observa tal fenômeno sob a lente do racismo, percebendo como a necropolítica atinge diretamente os corpos negros.

Para isso, é importante perceber a transversalidade da necropolítica na temática do feminicídio negro. Considerando que as mulheres negras são as que mais morrem, biologicamente, é importante pensar na dimensão das mortificações das mulheres negras na sociedade brasileira à luz do pensamento de Carla Akotirene em seu livro Interseccionalidade. Nessa articulação, as mulheres negras sofrem opressões que são interseccionais pelas faces da raça, classe, território, gênero, entre outras dimensões de diferenças e desigualdades. A partir disso, é importante compreender como cada uma dessas intersecções são marcas sociais que acarretam na consolidação do que Mbembe (2018) vai chamar de matanças invisíveis. Ou seja, não é preciso estar morto biologicamente para morrer. As matanças invisíveis são o mesmo que o autor intitula de "morte-em-vida". Nesse sentido, é sobre essa tese argumentada por Mbembe que iremos defender, de que o feminicídio negro não é somente, ainda mesmo que já tragicamente, a morte de mulheres por serem mulheres, mas a afirmação de que tais mortes não precisam cessar a vida biológica para matá-las, trata-se também da morte empírica, promovida pelas faces do racismo, por serem mulheres negras.

Exemplos para a materialização de tal fato seriam inúmeros, para mantermos um foco neste texto, faremos análises no âmbito acerca da política de segurança pública e como as mortes sociais de mulheres se constituem como a face do feminicídio negro, agora ressignificado, ampliando e destacando pela visibilidade teórica que mobilizamos para conceituá-lo. Um exemplo que materializa as formas de matanças sociais e (antes)invisíveis das mulheres negras é o fato de muitas perderem seus filhos pelos braços armados do Estado, assim, com o assassinato e, muitas vezes, o desaparecimento dos corpos de seus filhos e filhas, a dor, o desrespeito e a violência acabam matando-as também. É de conhecimento de muitas pessoas, como as mortes de jovens geram mobilizações e repercussão, mas diante do fato da polícia matar um jovem, ela não mata "´só" o jovem, o que seria e já é uma expressão da necropolítica que atinge os jovens negros, mas mata-em-vida também, seus familiares, em sua maioria, as mulheres - suas mães, irmãs, avós, tias, namoradas. Outros casos que são popularmente conhecidos são de mães que estão grávidas e levam um tiro, matando seus bebês dentro de suas barrigas, tirando delas, novamente, o direito de ser mãe, da maternidade e matam-nas empiricamente, novamente.

Existem inúmeras formas de matanças "invisíveis", a serem consideradas: violência obstétrica, ditadura do cabelo alisado, hiperssexualização dos corpos das mulheres negras que faz com que sejam as maiores vítimas de violência sexual,

entre outros aspectos, até a mortificação de seus corpos. Valendo-nos da análise feita por Mbembe, indagamos: Viver com medo é estar viva? Nesse sentido, trazemos um poema da escritora brasileira Conceição Evaristo, com o objetivo de demonstrar na literatura, a concretude de todo do lugar e o que é um não-lugar da mulher negra na sociedade brasileira. A autora traz uma importante narrativa acerca da perspectiva da noite, e para nós, um diálogo com o título do livro de Achille Mbembe "O sair da grande noite". É importante pensarmos, em quaisquer que seja a noite, para quem nasceu preto, a vida sempre foi sinônimo de noite, luta e resistência. Vejamos:

A noite não adormece nos olhos das mulheres
Em memória de Beatriz Nascimento

A noite não adormece
nos olhos das mulheres
a lua fêmea, semelhante nossa,

em vigília atenta vigia
a nossa memória.

A noite não adormece
nos olhos das mulheres
há mais olhos que sono
onde lágrimas suspensas
virgulam o lapso
de nossas molhadas lembranças.

A noite não adormece
nos olhos das mulheres
vaginas abertas
retêm e expulsam a vida
donde Ainás, Nzingas, Ngambeles
e outras meninas luas
afastam delas e de nós
os nossos cálices de lágrimas.

A noite não adormecerá
jamais nos olhos das fêmeas
pois do nosso sangue-mulher
de nosso líquido lembradiço
em cada gota que jorra
um fio invisível e tônico
pacientemente cose a rede.

(EVARISTO, 2008, p.21).

Fonte: Revista Prosa e Arte.

Diante do exposto, é importante perceber como as mulheres negras têm sido mortas cotidianamente, mas não só isso, elas têm sido fruto e instrumento de uma sociedade racista, sexista, que se apropria da necropolítica como ferramenta colonial e coercitiva, renovada em tempos atuais. Mulheres negras são historicamente apagadas, silenciadas, desumanizadas, coisificadas, marginalizadas e criminalizadas. Isso faz com que esse debate seja fundamental para compreender como a lógica colonial mata nossos corpos e nossas vidas, em vida. O que seria morrer, na morte?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso de leituras e análises exposto nesse trabalho teve como objetivo ampliar os horizontes visíveis e explorar os invisíveis, fazendo-os evidentes no que cerne ao entendimento acerca do feminicídio negro, entendendo-o como um fenômeno que se caracteriza como morte-em-vida. As mulheres negras têm sido o alvo principal do feminicídio e essa lógica continua permitindo a morte de seus corpos em todas as dimensões, entendendo que não têm valor, não sendo reconhecidos e nem sendo passíveis de espanto.

Como o próprio Achille Mbembe (2018) afirma, é importante compreender como o a morte dos corpos negros se torna um trabalho com o reconhecimento. Em função da construção histórica e social de lugares colonizados, como o Brasil, os corpos negros foram e são vistos como inimigos e ameaça. E como o próprio autor afirma, essa morte gera alívio, sensação de que o inimigo foi eliminado. Essa construção toda do imaginário acerca do corpo negro ser visto como inferior é histórica, em função das amarras coloniais que são presentes em nossa sociedade e das máscaras, hoje não mais físicas, como a de Anastácia, que inspirou a análise de Kilomba (2019), mas as máscaras simbólicas.

Problematizando os dados trazidos nesse trabalho, a mulher negra não é alvo somente em sua morte empírica, a partir das faces das violências oriundas do racismo estrutural, mas é alvo em dimensões vitais, não tendo segurança alguma sobre seu corpo, pois a premissa da política de segurança pública é a de eliminar os corpos negros, e se não puder eliminá-los por alguma razão, fará o incentivo a violentar, tirando o pouco ou nenhuma humanidade que lhe resta.

A partir disso, é importante pensar como as mulheres negras precisam ter sua voz ouvida e poderem falar para que haja escuta. É preciso resistência,

reconhecimento e espaço. É muito importante pensar na conquista de espaços, na representatividade da luta para que possamos ocupar, resistir e viver. Nesse sentido, a autora estadunidense bell books (2019) afirma a importância de erguer a voz, e nessa direção, temos a voz escrita de Giovanna Xavier:

> Você pode substituir mulheres negras como objeto de estudo por mulheres negras contando suas próprias histórias não é uma interdição às pessoas brancas. É sobre nós. É sobre a importância de localizar saberes e fazer ciência partindo dos lugares de fala de intelectuais negras. Obrigada de coração às minhas orientandas. Jovens brilhantes, que ao trilharem a carreira acadêmica demonstram que a era de exceções, pela qual fui formada, começa a ruir. Obrigada também às pessoas, na maioria mulheres negras que, sabe-se lá como, forjaram tempo para uma terceira, quarta, quinta jornada de trabalho na nossa companhia porque confiam na gente. (XAVIER, 2019, pp. 82- 83)

Desse modo, é fundamental percebermos a importância de que as mulheres negras sejam protagonistas das suas próprias histórias, entendendo que a sua vida, em vida, é a forma de sobreviver, lutar e principalmente resistir. Frente a uma vida que mata em vida, tornar possível viver, e fazer viver, ao invés de fazer morrer.

> No âmbito do racismo, a boca se torna o órgão da opressão por excelência, representando o que as/os brancas/os querem – e precisam- controlar e, consequentemente o órgão que, historicamente, tem sido severamente censurado. (KILOMBA, 2019, p. 34)

Retomando as reflexões de Grada Kilomba, realizamos a provocação de pensar acerca da boca, e como ela se torna um fator de enunciação quando olhamos para a voz proferida pelas mulheres negras. A partir disso, as palavras das mulheres negras com o poder de erguer a voz, como bell hooks (2019) afirma, identificando em suas vozes a tentativa de quebra com o silenciamento, trazem a importância de serem o centro de suas próprias narrativas.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade***.** São Paulo: Selo Sueli Carneiro; Polén, 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Selo Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. *Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017*: desigualdade racial, municípios

com mais de 100 mil habitantes / Secretaria de Governo da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: ASHOKA Empreendimentos Sociais; TAKANO Cidadania (Orgs.). *Racismos contemporâneos*. Rio de janeiro. Takano, 2002.

CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo:Selo Negro, 2011.

EVARISTO, Conceição - *poemas***.** Revista Prosa Verso e Arte. Disponível em: https://www.revistaprosaversoearte.com/conceicao-evaristo-poemas/Acesso em: 18/02/2020.

GONZALEZ. Lélia. *Racismo e sexismo na cultura brasileira*. In: Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, p. 223-244.

HOOKS, bell. *Erguer a voz*: pensar como feminista, pensar como negra. São Paulo: Elefante, 2019.

ISP. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê Mulher 2015* / PINTO, Andréia; MORAES, Orlinda C. R. (Orgs).Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2015.

ISP. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê Mulher 2018/* MORAES, Orlinda C. R.; MANSO, Flávia V. (Orgs)– 13. versão. – Rio de Janeiro: RioSegurança. Instituto de Segurança Pública (ISP – RJ), 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). *Atlas da violência* 2017. Rio de Janeiro: Ipea; FBSP, 2017.

KILOMBA, Grada. *Memórias da Plantação*: episódios de racismo cotidiano. Tradução Jess Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 edições, 2018.

RIOS, Flávia; LIMA, Márcia. (Orgs). Lélia Gonzalez *Por um feminismo afro-latino-americano*: ensaios, intervenções e diálogos. 1ª edição, Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

XAVIER, Giovana. *Você pode substituir mulheres negras como objeto de estudo por mulheres negras contando sua própria história*. Rio de Janeiro: Malê, 2019.

A REFORMA COMPUSÓRIA DE MILITARES TRANSEXUAIS DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS SOB UMA PERSPECTIVA GLOBAL COMPARADA

Bianca Figueira Santos
Mestranda (PPGSD/UFF)
Niterói/RJ, Brasil
biancafigsantos@gmail.com

Eder Fernandes Monica
Doutor em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF)
Niterói/RJ, Brasil
ederfm@id.uff.br

Resumo: Pretende-se, no presente trabalho, abordar a reiterada violação de direitos que vêm passando as militares transexuais das Forças Armadas brasileiras, reformadas por ousarem reivindicar seus gêneros, sem direito ao contraditório e ampla defesa durante seus processos de reforma. Em tempos em que o arcabouço jurídico nacional e internacional não tolera mais quaisquer formas de preconceito, é de extrema relevância abordar e publicizar tais violações de direitos a fim de torná-las conhecidas pela comunidade internacional, visando, sobretudo, buscar soluções e alternativas, resguardando-se o direito humano ao trabalho e a dignidade humana dessas militares. Não é aceitável que uma militar, ao decidir adequar seu corpo ao seu gênero, seja reformada, por uma suposta incapacidade não comprovada, já que a legislação vigente ampara ambos os sexos, indistintamente, levantando a percepção de que pode estar havendo algum outro fator que as impeça de continuar servindo e, se não é pela adequação de gênero e se a transexualidade deixou de ser considerada doença pela OMS em maio de 2019, talvez as instituições militares estejam, reiterada e desidiosamente, perpetuando atos de preconceito e discriminação contra essa população já tão subtraída de seus mais basilares e fundamentais direitos. O trabalho constará de uma pesquisa exploratória e descritiva, analisando de forma empírica, os principais casos de militares transexuais reformadas, buscando-se ouvir suas vozes através de entrevistas, visando-se pontuar também, em pesquisa documental de ações públicas propostas, individualmente e coletivamente, as argumentações das Forças Armadas brasileiras que fundamentam seus desligamentos, bem como a perspectiva comparada dos países que empregam militares transexuais em seus efetivos operacionais. A estrutura do texto terá os seguintes eixos principais: a descrição dos principais casos concretos; argumentações das Forças Armadas quanto às reformas; arcabouço jurídico nacional relacionado ao tema; e análise comparada das Forças Militares mundiais que empregam militares transexuais. O

tema é delicado e se reveste de sensibilidade peculiar, ensejando à reflexão sobre um suposto ato preconceituoso de descarte dessas militares, desconsiderando suas capacidades técnicas, desconsiderando o investimento que a Nação empregou em suas formações, em tempos em que se espera exatamente o contrário, que os espaços sejam ocupados por todos, indistintamente.

Palavras chave: Reforma Compulsória; Militares Transexuais; Transexualidade; Forças Armadas Brasileiras.

Abstract: It is intended, in the present work, to address the repeated violation of rights that the transsexual military of the Brazilian Armed Forces are experiencing, reformed for daring to claim their gender, without the right to contradict and wide defense during their reform processes. In times when the national and international legal framework no longer tolerates any forms of preconception, it is extremely important to address and publicize such violations of rights in order to make them known to the international community, aiming, above all, to seek solutions and alternatives, safeguarding the human right to work and the human dignity of these soldiers. It is not acceptable for a military woman, when deciding to adapt her body to her gender, to be reformed, due to an alleged unproven disability, since the current legislation supports both sexes, indistinctly, raising the perception that there may be some other factor that prevent them from continuing to serve and, if not for gender adequacy and if transsexuality is no longer considered a disease by WHO in May 2019, perhaps military institutions are, repeatedly and desidiously, perpetuating acts of prejudice and discrimination against this population already so subtracted from its most basic and fundamental rights. The work will consist of an exploratory and descriptive research, analyzing empirically, the main cases of retired transsexual soldiers, seeking to hear their voices through interviews, aiming also to score, in documentary research of proposed public actions, individually and collectively, the arguments of the Brazilian Armed Forces that justify their dismissals, as well as the comparative perspective of countries that employ transsexual military personnel in their operational numbers. The text structure will have the following main axes: the description of the main concrete cases; arguments of the Armed Forces regarding reforms; national legal framework related to the topic; and comparative analysis of the world military forces that employ transsexual military personnel. The topic is delicate and has a peculiar sensitivity, giving rise to reflection on an alleged prejudiced act of discarding these military personnel, disregarding their technical capabilities, disregarding the investment that the Nation employed in its formations, in times when the opposite is expected, that spaces are occupied by all, without distinction.

Keywords: Reformation; Military; Transgender; Transsexuality; Brazilian Armed Forces.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que as Forças Armadas sempre se destacaram pelo monopólio do uso legítimo da força para atender os interesses dos Estados Nacionais, quando a diplomacia e o diálogo não apresentam mais efetividade. Dessa forma, sempre estiveram mais propensas a serem guarnecidas por homens que detém, por natureza, a força física e que sempre gozou de posição de privilégio e destaque nas posições de liderança, de domínio e de poder em nossa sociedade.

Com o advento de tecnologias e a modernização do aparato bélico, o uso da força bruta tornou-se dispensável, prevalecendo-se as ações de inteligência e de estratégias no desempenho das atividades militares, tornando-se perfeitamente possível que mulheres pudessem figurar nos efetivos operacionais das Forças.

A presença feminina nas Forças Armadas, apesar de ainda ínfima, vem sendo discutida por diversas nações pelo mundo, tal qual ocorre aqui no Brasil, desde o século passado, notadamente, após a redemocratização, por intermédio de nossa Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, que consagrou, dentre muitos outros direitos e garantias fundamentais, o princípio da igualdade, não mais tolerando quaisquer formas de preconceito e discriminação. No entanto, apenas recentemente, foram editadas normas mandamentais estabelecendo a inserção dos componentes femininos nas linhas bélicas principais das carreiras militares, o que, na medida do possível e de acordo os vários óbices apresentados pelas Forças Militares, vem sendo implementado.

Um percurso ainda muito distante da realidade para o componente militar que se identifica como transexuais ou transgêneros. Para esses militares, suas condições transexuais inclinam-se na direção de uma suposta doença e de uma suposta incapacidade, relegando-os a um destino derradeiro: a reforma compulsória, por estarem inseridos em uma categorização de um transtorno mental catalogado na já ultrapassada Classificação Internacional de Doenças (CID10).

O presente artigo tem, por objetivo geral, demonstrar as nuances e os caminhos dos processos de reforma das militares transexuais que ousaram reivindicar suas condições de gênero nas Forças Armadas brasileiras, descrevendo os principais casos catalogados de militares trans que foram reformadas,

apresentando as alegações das Forças Armadas que embasaram tais reformas bem como as questões jurídicas envolvidas, procurando-se abordar ainda a legalidade de tais atos, partindo-se da hipótese de que tais reformas apresentam-se impregnadas de preconceito, sob a forma de transfobia contra a dignidade e cidadania plena dessas militares que foram compulsoriamente retiradas da atividade militar, gerando muita dor, sofrimento e processos judiciais intermináveis e extenuantes.

Será destacado alguns aspectos, conceitos e definições sobre a transexualidade, objetivando contextualizar o tema que, por si só, reveste-se de delicadeza e sensibilidade, uma vez que se trata de pessoas, seres humanos, com todas suas complexidades, dilemas, sensações, humanidades, abordando-se ainda uma perspectiva global comparada de outras Forças Armadas de outros países que empregam militares trans em seus efetivos operacionais e o modo como lidam com essa questão, de forma a contribuir para que, em futuras pesquisas, sejam construídas propostas críticas para o problema discriminatório que envolve o tema, uma vez que são cidadãos portadores de direitos, garantias e liberdades fundamentais, cujas dignidades devem ser preservadas a todo custo.

1. Breves Noções Sobre a Transexualidade

A transexualidade é um dos fenômenos da complexa sexualidade humana, mas que se refere mais intrinsecamente com a identidade, a personalidade, perfaz-se quando não há correspondência entre o sexo biológico (anatômico, corporal) e a identidade de gênero (psicológico, psíquico) de uma pessoa que nasce com um sexo perfeitamente definido e identificado.

Porém, ainda na mais tenra infância, muito antes de qualquer manifestação sexual ou mesmo antes de seus hormônios começarem a atuar, promovendo modificações corporais e despertando desejos sexuais, a criança começa a notar que sua estrutura corporal não condiz com seu gênero que acredita pertencer, que ela se identifica e que gostaria que todos assim a percebessem. Trata-se de uma autopercepção de gênero, que, por ser inata, é imutável, e que se sobrepuja sobre qualquer outro fator biológico.

Bento (2008, p. 64) descreve a transexualidade como uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. As pessoas transexuais são pessoas que ousam reivindicar uma identidade de gênero em

oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência.

Em comparação, a homossexualidade, também inata, manifesta-se quando um indivíduo de determinado sexo sente atração afetiva ou sexual por pessoas de sexo coincidente; a heterossexualidade, quando essa atração e práticas sexuais se direcionam a pessoas do sexo oposto; a bissexualidade pressupõe, desta forma, um indivíduo nascido com determinado sexo, seja masculino ou feminino, e que sente atração sexual por ambos os sexos e a assexualidade, o indivíduo que não sente atração por sexo algum, manifestando uma espécie de neutralidade ao tratar sua sexualidade com outras pessoas. Assim, a orientação sexual é desejo sexual, é atração, cheiro, toque da pele, afeição, carinho, amor, paixão, conforto e bem-estar, é querer estar perto, o tempo todo.

Há, portanto, grandes diferenças entre homossexualidade e transexualidade, pois esta é um atributo da personalidade e se refere à identidade sexual, à autopercepção de gênero de uma pessoa, enquanto a homossexualidade se refere ao desejo sexual, à atração sexual, ao desejo de se relacionar com outra pessoa. Portanto, é muito plausível que um indivíduo possa ser, ao mesmo tempo, transexual e homossexual, ou transexual e bissexual, pois os parâmetros de qualificação dos aspectos da sexualidade são distintos.

Assim, uma mulher transexual, aquela pessoa que foi designada como homem genético ao nascer, mas se identifica com o gênero feminino – embora tenha nascido com genitália masculina, sentindo-se atraída sexualmente por outra mulher, tem-se uma mulher transexual homossexual; da mesma forma ocorre com o homem transexual, aquela pessoa designada como mulher ao nascer, mas identifica-se com o gênero masculino.

Transexuais rejeitam sua construção anatômica, caracterizando-se por um senso inabalável de que há tal desconformidade entre o seu psiquismo, representado por sua autopercepção de gênero, e seu corpo físico, entendendo este como um equívoco da natureza, sentindo a premente necessidade de sua correção através de métodos cirúrgicos e administração de hormônios que lhes possam proporcionar viver como realmente se reconhecem. Seus órgãos sexuais, em especial, são-lhes verdadeiras gatilhos de aflição, desespero e repugnância que, se não corrigidos ou adequados cirurgicamente, podem acarretar graves distúrbios psicológicos decorrentes. Dessa forma, a pessoa transexual tende a transmutar seu

corpo e sua imagem externa para adequá-los ao seu gênero psíquico, pois o contrário não é possível.

Dias (2016, p. 133) refere-se à transexualidade como a falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico, refletindo na identidade do indivíduo e em sua inserção social, situando-se no âmbito do direito de personalidade e do direito à intimidade, direitos estes que merecem destacada atenção e proteção estatal. A autora ressalta que a identificação do indivíduo é realizada e materializada no momento de seu nascimento de acordo com o aspecto de sua genitália externa.

A identidade sexual é imutável e única, segundo Fachin (2003, p. 96), entretanto, essa aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual e, quando existe divergência ou incongruência entre a identidade civil e a identidade sexual, deve-se espelhar a identidade social.

Farina (1982, p. 58), pioneiro da cirurgia de transgenitalização no Brasil, enfatiza que:

> O certo seria através da psiquiatria, psicanálise ou psicoterapia, mudar a mente de modo a adequá-la segundo os atributos físicos que são masculinos. Ora, como tal tratamento (Técnica psicoterapêuticas) falha sistematicamente, nesses casos, não nos resta outra solução senão seguir o caminho inverso, isto é, adaptar o corpo á sua mente feminina que é inarredável e inabalável. Isto só pode ser conseguido através de cirurgia, com a qual promovemos um corpo portador de uma mente feminina, com atributos femininos (vagina, mamas e outros caracteres sexuais primários e secundários).

A cirurgia de redesignação sexual (ou cirurgia de readequação sexual ou ainda cirurgia de transgenitalização) modifica é a conformidade dos órgãos genitais, pois o sexo psicológico e a identidade sexual não podem ser alterados, corrigindo-se cirurgicamente tal incongruência, que, por ser raro e personalíssimo, não ameaça a ordem social.

Fragoso[1] (1978, p. 27), após acurado estudo sobre a literatura médica nesse tema, concluiu que a solução adequada para casos de transexualidade é, de fato, a cirurgia de redesignação sexual, uma vez que, comprovadamente, os

[1] Criminalista conhecido por seu histórico parecer no qual descriminalizava a conduta do cirurgião Roberto Farina, Médico que realizava cirurgias de transgenitalização em pessoas transexuais anteriormente à Resolução 1482/97 do CFM.

métodos terapêuticos comumente utilizados revelam-se absolutamente falíveis e ineficazes, citando o médico americano Walker (1996, p. 156), que afirmou:

> Usualmente, o transexual não participa da terapia que tenha a cura como objetivo. Isto porque a própria natureza da transexualidade é tal que o desejo de viver como o sexo oposto persiste a qualquer tratamento que objetive a manutenção, ou adequação, do papel apropriado a seus genitais.

Para Sutter (1982, p. 45), compete à Ciência positivar que o sexo biológico não é mais importante que psicológico. A pessoa transexual, recusando seu sexo anatômico e admitindo como seu verdadeiro sexo unicamente o psicológico, imagina-se como se realmente tivesse nascido nesse sexo, e, contrariamente ao que em geral se supõe, o transexual não é um indivíduo grotesco, mas, na maioria das vezes, bastante tímido e inseguro.

Não obstante toda a complexidade que envolve o assunto, a transexualidade era, há pouco tempo, considerada pelos manuais médicos uma patologia prevista no rol de doenças mentais da Classificação Internacional de Doenças – CID10 (OMS, 1989), elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como "Transtorno de Identidade de Gênero" (código F64.0), e, de forma um pouco mais atenuada, como Disforia de Gênero, pela Associação Americana de Psiquiatria (APA), que elabora o Manual Estatístico e Diagnóstico de Saúde Mental – DSM-5 (APA, 2014).

Apesar de a OMS ter considerado a transexualidade como patologia, não era esta a posição da maioria dos profissionais de saúde que atuam nessa área que não coadunavam com a ideia de que o gênero de uma pessoa pudesse ser tratado como doença[2] (O GLOBO, 2016, on-line), ainda mais quando não promove qualquer alteração biológica do estado de saúde, não se manifesta por um conjunto de sintomas perceptíveis ou não, não representa mal ou moléstia, não promove alteração do estado de espírito ou do ânimo e, tampouco, não incapacita as atividades habituais da pessoa ou degrada sua capacidade laborativa.

Em 18 de junho de 2018, a OMS, com ampla divulgação pela imprensa, editou a revisão do CID10 para o CID11 (OMS, 2019), manifestando-se

[2] Com o objetivo de retirar as pessoas transexual da classificação de transtornos mentais da Organização Mundial da Saúde (OMS), cientistas mexicanos realizaram o primeiro estudo de campo que demonstra que as mudanças na identidade de gênero não são uma doença. O estudo, publicado na revista médica britânica "The Lancet Psychiatry", foi apresentado no México nesta quinta-feira por autoridades sanitárias e da OMS.

publicamente no sentido de excluir da sua classificação uma gama de "supostos transtornos de personalidade" como os classificados "transexualismo - F64.0"; "travestismo bivalente - F64.1" e "travestismo fetichista - F65.1". Essa versão foi uma pré-visualização, visando permitir aos países signatários planejar seu uso, preparar traduções e treinar profissionais de saúde.

Como previsto, em 20 de maio de 2019, A CID11 foi publicada para adoção dos Estados Membros, incluindo o Brasil, durante a Assembleia Mundial da Saúde, retirando a transexualidade da categorização de "distúrbios mentais" do referido catálogo, incluindo-a, no entanto, no mesmo documento como "Incongruência de Gênero", recebendo a classificação de "Condição Relativa à Saúde Sexual". A atualização é um marco e acontece mais de 40 anos depois de a homossexualidade também ter sido retirada da lista, em 17 de maio de 1990. Essa é a primeira grande revisão da CID pela OMS em quase três décadas (O GLOBO, 2018, on-line).

A atualização da lista da CID, de acordo com a organização, reflete avanços na medicina e na ciência[3]. Segundo a OMS (O GLOBO, 2018, on-line), as revisões são feitas quando a "evidência médica não apoia as suposições culturais". Foi o que aconteceu com a "homossexualidade", classificada na CID em 1948 e retirada em 17 de maio de 1990, e acontece agora com a transexualidade.

2. Descrição dos Casos

Dentre os casos específicos de militares transexuais que sofreram o processo de reforma compulsória por ousarem externar suas identidades de gênero, destacam-se:

[3] A Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou, nesta segunda-feira, a transexualidade da categoria de "distúrbios mentais" na Classificação Internacional de Doenças (CID). A atualização é um marco e acontece mais de 40 anos depois de a homossexualidade também ser retirada da lista, na década de 1990. Essa é a primeira grande revisão da CID em quase três décadas.

1º CASO: Subtenente Maria Luíza da Silva - Foi reformada em 1999, após 22 anos de serviço à Força Aérea Brasileira, tendo seu vasto currículo de militar exemplar, especializada em mecânica de aeronaves, sido ignorado, sendo forçada a se aposentar. Seu caso foi fruto de um documentário, do cineasta Marcelo Diaz, da Diazul de Cinema. Maria Luíza sempre manifestou o desejo de continuar no Serviço Ativo, mas de nada adiantou, tendo sido reformada pelo CID10-F64.0 "transtorno de identidade de gênero", com ganhos proporcionais ao seu tempo de serviço. No ano 2002, por meio da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)/Distrito Federal (DF), ingressou com uma ação para reaver seus direitos. A sentença confirmou a ilegalidade do ato que a reformou e lhe garantiu as promoções devidas, o cômputo do tempo de serviço em que esteve afastada, sendo confirmada pelo Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). Após 18 anos de tramitação, a ação chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em decisão monocrática do Relator, Ministro Herman Benjamin, no Agravo em Recurso Especial (AResp), foi confirmado o acórdão do TRF1, determinando a promoção de Maria Luíza a Subtenente, última graduação da carreira de praças, já que não podia regressar por conta da idade, fora dos limites legais (STJ, AREsp 1.552.655/DF, on-line). Sua ação segue em curso no STJ.



Figura 1 – documentário Maria Luíza (fonte: DIAZUL DE CINEMA)

2º CASO: 3º Sargento Fuzileiro-Naval Éryka Fayson Marinho de Oliveira Nascimento - Em 2003 realizou cirurgia de redesignação sexual, tendo sido reformada em seguida, sob a alegação de soropositividade. Questionou na Justiça sua reforma, tendo o Judiciário corroborado com a decisão da Marinha do Brasil. Fora da Marinha, foi trabalhar no Ministério Público do Estado de Alagoas, em Maceió, a convite de um Procurador e no gabinete dele, por cinco anos, três vezes por semana, no quadro voluntário, quando decidiu ajuizar nova ação, tendo essa ação lhe garantido o direito à reforma pelo CID10 F64.0 ("transtorno de identidade de gênero"), com ganhos proporcionais ao seu tempo de serviço.


Foto 1 - *3SG-FN Éryka Faison (foto autorizada)*

3º CASO: 3º Sargento Enfermeira Fabianne Portella - Enfermeira do Exército. Foi afastada das atividades militares após manifestar sua transexualidade. Ela realizou cirurgia de transgenitalização em 2008 e foi licenciada do Exército pelo CID10 F64.0 "transtorno de identidade de gênero", mesmo existindo mulheres militares enfermeiras, não tendo sido reformada por não contar com estabilidade.



Foto 2 – Fabianne Portella
(fonte internet)

4º CASO: Comandante Bianca Figueira Santos - Oficial Superior no Posto de Capitã-de-Corveta do Corpo da Armada da Marinha do Brasil, foi reformada *ex officio* em 2008, pelo CID10-F64.0 ("transtorno de identidade de gênero"), com proventos proporcionais ao tempo de serviço, apenas por ter relatado a seus superiores que estaria tomando hormônios, externando sua condição transexual. Não adiantou dizer que queria permanecer na Ativa, tendo sido afastada abruptamente de suas atividades. Foi licenciada para um suposto tratamento de saúde de 90 dias que só foi interrompido a fim de ser dado termo à sua reforma, sem margem ao contraditório e ampla defesa. Ingressou com ação, nove meses após, na 14ª Vara Federal (VF) do Rio de Janeiro/RJ, com finalidade de integralização de seu salário e danos morais decorrentes, não tendo logrado êxito. Graduou-se em Direito, tornou-se Advogada e ingressou com nova ação (4ª VF de Niterói/RJ), pleiteando anular o ato irregular de sua reforma e outros pedidos decorrentes (TRF2, Ação Ordinária 0036388-94.2018.4.02.5102, on-line), que segue em curso no STJ.

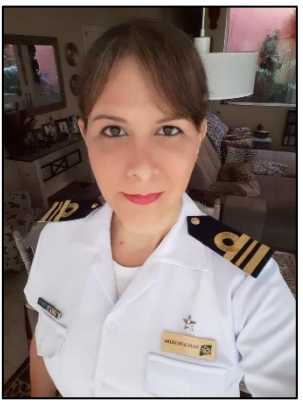


Foto 3 – Cmt Bianca Figueira
(foto da autora)

5º CASO: Cabo Allanis da Silva Costa - Desde 2015 foi afastada do seu trabalho, estando em licenças médicas sucessivas e reiteradas em razão da exteriorização de sua transexualidade, sendo reformada não pelo CID10 F64.0, mas pelo fato de ter recebido licenças sucessivas em razão de sua transexualidade por mais de dois anos, auferindo proventos proporcionais ao seu tempo de serviço. Propôs ação judicial para que fosse interrompido seu processo de reforma e retornar à atividade, que segue em curso, na 1ª VF de Magé/RJ (1VF MAGÉ/RJ, Ação Ordinária nº0182854-55.2017.4.02.5114, on-line).



Foto 4 – Cb Allanis Costa (foto autorizada)

6º CASO: 2º Sargento Bruna Gurgel Batista - Foi afastada por cerca de três anos para tratar de um suposto problema de saúde, sua transexualidade, segundo a Marinha. Após esse tempo, foi considerada "agregada" ao serviço ativo, condição esta que pressupõe seu posterior afastamento da atividade. Quando finalmente teve sua reforma exarada pela Força, pelo CID10 F64.0 ("transtorno de identidade de gênero") com proventos proporcionais, buscou o auxílio da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e conseguiu medida liminar a seu favor, impedindo sua reforma compulsória pela Marinha e restabelecendo seu salário, o que foi confirmada pela Sentença. Na ação a Marinha se recusava, inclusive, a alterar seu prenome e sexo, já retificado judicialmente. Atualmente sua ação (TRF2, Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101, on-line) encontra-se em curso no Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

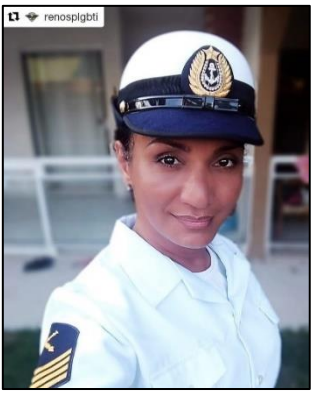


Foto 5 – 2Sg Bruna Gurgel (foto autorizada)

Até o presente momento, não há casos de homens trans[4], de quem se tem notícia, que reivindicaram suas identidades de gêneros nas Forças Armadas, nem em atividade, nem reformados, nem casos de pessoas trans que decidiram se alistar

[4] Homens trans são geneticamente mulheres que adequam seus corpos femininos à sua identidade de gênero masculina.

no serviço militar já nessa condição e foram rejeitados ou aceitos, não sendo, este último, objeto do presente trabalho.

3. Motivações das Reformas com Análises Críticas

Apesar de a Organização Mundial da Saúde (OMS ou WHO em Inglês) ter publicado a CID11 (OMS, 2019), em 20 de maio de 2019, para adoção pelos Estados Membros, incluindo o Brasil, retirando-se a transexualidade da categorização de "distúrbios mentais" e passando à categorização de "condição relativa à saúde sexual" como "*Incongruência de Gênero*", recebendo a classificação de "*Condição Relativa à Saúde Sexual*", com código HA60, as Forças Armadas brasileiras continuam se utilizando do argumento da patologização das identidades trans para reformar militares transexuais, emitindo laudos e pareceres médicos assim:

> Incapaz definitivamente para o SAM[5], por sofrer de transexualismo CID X F64.0 (não é alienação mental), doença sem relação de causa e efeito com o serviço, não estando inválido, não necessitando de internação permanente, não necessitando de assistência ou cuidados permanentes de enfermagem[6].

O primeiro parecer médico que reformou uma militar trans e que foi apresentado à justiça, foi o da então Cabo Maria Luíza, reformada da Aeronáutica em 1999:

> Diagnóstico (CID/10): Ginecomastia Bilateral por provável ação medicamentosa - N62 e Atrofia Testicular por provável ação medicamentosa - N50.8, Transexualismo - F64.0 e Distimia - F34.1
>
> Parecer: Incapaz definitivamente para o serviço militar: não é inválido. Não está impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho. Pode prover os meios de subsistência. Pode exercer atividades civis. Não necessita de hospitalização permanente. Não necessita de assistência e cuidados permanentes de enfermagem. Não é alienação mental (STJ, AREsp 1.552.655/DF, on-line).

A reforma de um militar, quando não se relaciona com pena ou indisciplina, resumidamente se dá ou por idade ou por doença, de acordo com a Lei Federal 6.880/1980 (Lei 6.880, Estatuto dos Militares, 1980), situações em que

[5] Serviço Ativo da Marinha.

[6] Esse mesmo parecer da Junta de Saúde da Marinha aparece em três processos públicos abordados no trabalho (Cmt Bianca Figueira, Sg Bruna Gurgel e Cb Allanis Costa)

a militar, por conta dessa nova condição (idade avançada ou doença incapacitante), fique impossibilitada de retornar ao serviço ativo a fim de compor o efetivo operativo em caso de um conflito armado ou em caso de uma possível convocação para prestar auxílio por ocasião de uma pandemia de um vírus desconhecido.

Assim, desde a reforma da Subtenente Maria Luíza, da Força Aérea Brasileira (STJ, AREsp 1.552.655/DF, on-line), em 1999, as militares trans eram reformadas com os seguintes fundamentos do Estatuto dos Militares (1980):

> Art. 104. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante reforma, se efetua:
>
> II - *ex officio*.
>
> Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:
>
> II - se de carreira, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas.
>
> Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:
>
> VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.
>
> Art. 111. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do item VI do artigo 108 será reformado:
>
> I - com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada.

A Marinha, por exemplo, baseia-se no compêndio de Psiquiatria de "Kaplan e Sadock" que faz uma abordagem puramente técnica sobre a transexualidade, indicando algumas comorbidades que podem ser ocasionadas pela condição de transexual, assim como apresenta comorbidades em diversas especificações nele catalogadas:

> Comorbidade em adultos - Adultos diagnosticados com disforia de gênero exibem índices mais elevados do que outros adultos de transtornos depressivos, de ansiedade, comportamentos suicidas e autodestrutivos e abuso de substância. Acredita-se que cerca de 40% dos indivíduos transgêneros apresentam pensamentos suicidas ao longo da vida. O modelo do estresse das minorias prevê aumentos em doenças mentais em grupos que são estigmatizados, discriminados, assediados e abusados a taxas mais elevadas do que outros. O DSM-5[7] relata que pessoas que apresentam disforia de gênero com início tardio podem mostrar maiores flutuações no

[7] Manual Estatístico e Diagnóstico de Saúde Mental, elaborado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA).

> alcance de seu sofrimento e maior ambivalência em relação à cirurgia de redefinição de sexo, além de maior insatisfação pós-cirurgia (SADOCK, 2017, p. 603).

As Forças Armadas alegam ainda que a transexualidade das militares induziria a índices mais elevados de associação com outros transtornos psiquiátricos, pensamentos suicidas e até a possibilidade de insatisfação pós-cirurgia de transgenitalização, bem como repercussões na saúde e risco de complicações graves com o uso da terapêutica hormonal. Sabe-se que não é a transexualidade que acarreta qualquer comorbidade, mas sim o tratamento que parcela da sociedade dispensa às pessoas transexuais que propicia o acometimento de determinados distúrbios de ordem psicossomática, como bem destaca o trecho do compêndio médico, trazido pela própria Marinha nos processos pesquisados (TRF2, Ação Ordinária nº0036388-94.2018.4.02.5102, on-line).

Além disso, sempre houve uma ampla compreensão na medicina (O GLOBO, 2016, on-line), confirmada por importantes estudos, como o publicado pela revista médica britânica *Lancet Psychiatry*[8](EL PAÍS, 2016, on-line), principalmente comprovada pelas atualizações mais recentes da CID e das categorias de patologias, que a condição transexual não é e nunca foi uma doença[9]

[8] EL PAÍS. *Por que a OMS erra ao considerar os transexuais como doentes mentais?* Um estudo publicado em *The Lancet Psychiatry* discute se a OMS deve alterar a sua classificação médica. O trabalho se baseia em uma pesquisa realizada no México com 250 transexuais. É o primeiro de vários estudos semelhantes que serão realizados no Brasil, França, Índia, Líbano e África do Sul. Uma das bases para a definição de transtorno mental, para a OMS, é que ele está associado a um mal-estar mental e a problemas que impedem um funcionamento adequado do raciocínio. A inclusão da identidade transexual nesse grupo foi questionada até mesmo por grupos de trabalho internos à OMS, que, com vistas à nova edição da Classificação de Doenças, o ICD-11, sugeriram sua inclusão na categoria de transtornos relativos à saúde sexual. "O estigma associado às doenças mentais em geral e à identidade transexual em particular contribuíram para que essas pessoas tenham um estatuto legal precário, sofram abusos contra deus direitos humanos e encontrem obstáculos na hora de receber tratamento médico", destaca Geoffrey Reed, da Universidade Autônoma do México e principal autor do estudo. O trabalho indica que os problemas mentais dessas pessoas decorrem da marginalização social e da violência que elas costumam sofrer, e não tanto de questões relacionadas à sua identidade sexual.

[9] *Estudo prova que transexualidade não é transtorno psiquiátrico*. O Globo. São Paulo, 28 jul.2016. Com o objetivo de retirar as pessoas transexual da classificação de transtornos mentais da Organização Mundial da Saúde (OMS), cientistas mexicanos realizaram o primeiro estudo de campo que demonstra que as mudanças na identidade de gênero não são

e, muito menos, incapacita a pessoa de exercer qualquer atividade e, nesse contexto, é intrigante que no laudo médico de incapacidade das militares está firmado que as militares trans são capazes de tudo, todavia, apenas no meio civil, excetuando-se as atividades militares, o que levanta dúvidas a respeito de seus afastamentos compulsórios.

Existe ainda outra perspectiva nessa abordagem médica dos casos. Na ação da Cabo Allanis (1VF MAGÉ/RJ, Ação Ordinária nº0182854-55.2017.4.02.5114, on-line), a Marinha ainda se utilizou de um artifício para reformá-la, esquivando-se do peso do enquadramento do "transtorno de identidade de gênero" (CID10 – F64.0). Fizeram o uso do inciso III do artigo 106 do Estatuto dos Militares (BRASIL, Lei Federal nº6.880, 1980, inciso III do art.106) que prevê que o militar pode ser reformado se "estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável".

Dessa forma, eram impostas licenças de tratamento de saúde (LTS) reiteradas e consecutivas para a militar, até que fosse completado esse tempo de dois anos de afastamento, visando reformá-la pelo decurso do tempo em que esteve afastada temporariamente sob sua suposta doença. Ressalta-se que as licenças médicas não são requisitadas pelas militares, são determinadas, deixando-as sem alternativas a não ser não cumprir as ordens emanadas. Tentaram fazer o mesmo procedimento com a Sargento Bruna (TRF2, Ação Ordinária nº0210689-57.2017.4.02.5101, on-line), contudo, pela atuação expedita da Defensoria Pública da União, que a representa, seu processo de reforma foi interrompido, por medida liminar.

Em seminário, realizado em 25 de junho de 2018, pela Escola da Magistratura Regional Federal (EMARF) da 2ª Região[10], no TRF2, sobre o tema: "Transexualidade no Serviço Público Civil e Militar: Aspectos Normativos e Institucionais", os oficiais dos setores de pessoal das Forças Armadas, bem como outros oficiais médicos e da assessoria jurídica, foram unânimes em alegar que a

uma doença. O estudo, publicado na revista médica britânica "The Lancet Psychiatry", foi apresentado no México nesta quinta-feira por autoridades sanitárias e da OMS.

[10] *EMARF realiza seminário sobre transexualidade no serviço público civil e militar*. A Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF) apresentou no dia 25 de junho, no auditório do TRF2, no centro do Rio, para uma plateia composta por magistrados, advogados, professores, servidores e estudantes, seminário sobre a "Transexualidade no Serviço Público Civil e Militar: Aspectos Normativos e Institucionais".

questão de militares transexuais nas Forças é tratada de acordo com os parâmetros estabelecidos atualmente pela medicina, ou seja, considerando a patologia ainda prevista no CID10. Afirmou o chefe da Assessoria Jurídica da Marinha:

> Não houve a retirada da transexualidade da CID10, foi a retirada dela da CID11. Ou seja, na próxima versão, a colocará em outra nova posição que foi criada para isso. Do ponto de vista legal, a CID10 continua em vigor. A CID11 vai ser submetida à assembleia da OMS em maio de 2019. Ela pode ser aprovada ou pode ser reprovada, em todo ou em parte. Em sendo aprovada, ela só entrará em vigor em 2022. Portanto, o que existe hoje é a CID10, que trata a transexualidade como um transtorno de identidade sexual. (EMARF, 2018, on-line)

Tal posicionamento da Marinha contrasta com as próprias afirmações de repúdio ao preconceito e discriminação contra militares transexuais, uma vez que insistem em seguir uma publicação já ultrapassada e que logo entrará em desuso, mas que é utilizada unicamente para afastar as militares trans do serviço ativo.

Outro fato que chama à atenção é o de a suposta doença que se imputa às militares e que ensejou suas reformas não está especificada no dispositivo legal. O termo "doença" do inciso VI do artigo 108 do Estatuto abre uma gama de possibilidades, uma série de subjetividades não amparadas em sede da administração pública militar que se rege pelo paradigma principiológico da legalidade estrita constitucional, previsto em diversos dispositivos constitucionais: inciso II do artigo 5º; artigo 37; e inciso X, do parágrafo 3º, do artigo 142, todos da Constituição Federal (1988).

O termo "doença", bem como os termos "moléstia" e "enfermidade", amplos, genéricos e inesgotáveis, podem alcançar uma gama interminável de doenças que, porventura, possam se encaixar no interesse da administração militar, funcionando como uma verdadeira "tábua de salvação" para abarcar toda e qualquer condição que a administração assim instituir, bastando, para isso, que assim seja determinado pelos escalões superiores. Notório é que todos no seio militar cumprem ordens e seguem os preceitos de hierarquia e disciplina, até mesmo os médicos das instituições, que também são militares e vinculados à administração militar.

Chama à atenção também o fato de o procedimento adotado para as reformas das militares trans, que não possuem qualquer doença ou condição incapacitante, não é o mesmo adotado em casos clássicos de doenças incapacitantes, como aconteceu com o ex-Comandante do Exército Brasileiro,

General Eduardo Villas Bôas, reformado em 2019 por ser portador de esclerose lateral amiotrófica (ELA), doença neuromotora de caráter degenerativo.

O General Villas Bôas assumiu o Comando do Exército em janeiro de 2015. Em dezembro de 2016 foi diagnosticado e, em 21 de março de 2017, anunciou sua doença publicamente, passando a se utilizar de apoio de bengala para se locomover e, logo após, em 2018, já era visto em cadeira de rodas. Mesmo assim e com seu quadro degenerativo se agravando, com suporte de oxigênio e movimentos bastante restritos, foi mantido, pelo então Presidente Michel Temer, no Comando do Exército, à frente da corporação composta por cerca de 220 mil militares (G1, 2019, on-line).

Villas Bôas Passou o Comando do Exército Brasileiro somente em janeiro de 2019, com quadro degenerativo bastante acentuado e, mesmo após sua reforma, passou a trabalhar como assessor especial do Gabinete de Segurança Institucional (2019, on-line). Desse modo, nota-se claramente que os atos de reforma compulsória e imediata adotado às militares trans não foram os mesmos aplicados ao general em questão, que permaneceu à frente do Exército, por dois anos antes de ter sido definitivamente reformado.

Não obstante, é importante destacar que as militares trans são afastadas do serviço ativo ainda com aparências masculinas, não havendo ainda qualquer aspecto fisionômico que as "delatasse" em suas aparências, tornando-se incapazes, de uma hora para outra, bastando para isso que simplesmente contassem suam situações a seus superiores. Ressalta-se que uma pessoa trans não se torna trans de uma hora para outra, não se torna transexual no momento que decide contar a seus superiores que é trans, ou que decide trocar suas roupas. Uma pessoa trans sempre foi uma pessoa trans, mesmo não tendo se decidido anteriormente em assumir sua verdadeira identidade e, dessa forma, as militares trans desde sempre foram trans, mesmo trajando roupas e uniformes masculinos.

Apesar disso, as Forças Armadas sempre se utilizaram dessa categorização, de patologização, que constava da CID10 embora não representasse qualquer incapacidade, para respaldar a reforma das militares, porém, para mantê-las na atividade, outro era o fator que lhes recaía: suas condições de gênero femininas. Ou seja, a incapacidade não partia das militares, mas sim, das próprias Forças Armadas em mantê-las no serviço ativo, considerando todo o investimento que o país dispendeu em suas formações o que representa um desperdício de recursos do próprio Estado e de seus contribuintes

que ainda pagam o salário das militares, reformadas em pleno vigor laboral e intelectual.

A Marinha do Brasil alega, na ação da Comandante Bianca (TRF2, Ação Ordinária nº0036388-94.2018.4.02.5102, on-line), que a reforma das militares foi a solução encontrada que menor dano acarretaria a elas, afastando-as de suas atividades a fim de não comprometerem o desempenho efetivo de suas identidades femininas que, na concepção das instituições, ficariam prejudicadas caso as militares permanecessem em atividade.

Ou seja, as Forças Armadas, especialmente a Marinha que detém o maior número de casos, não satisfeitas em praticarem tais atos de preconceito sob a forma de transfobia, agravam ainda mais a situação, praticando atos de machismo institucional e estrutural, inadmitindo que mulheres ocupassem os mesmos lugares anteriormente ocupados pelas militares trans, que tivessem a mesma carreira, os mesmos títulos e honrarias, as mesmas medalhas e condecorações, que ocupassem os mesmos espaços.

A Constituição brasileira (BRASIL, Constituição Federal, 1988), dentro dos princípios regentes do Estado Democrático e Constitucional de Direito, desde 1988, não corrobora com a distinção preconceituosa entre homens e mulheres, enfatizando sua igualdade em direitos e obrigações, baseando-se nos fundamentos da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal), com objetivos fundamentais da promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação.

Não há igualdade, nem equidade, quando existem funções e cargos a serem ocupados especificamente por homens, o que contraria a Constituição Federal Brasileira. Profissões não têm gênero ou, pelo menos, não deveriam ter. Apesar de a Constituição da República de 1988 prever, em seu artigo 3º, como objetivo fundamental da República, o bem comum sem preconceitos por origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, afirmando ainda, em seu artigo 5º, o princípio da isonomia, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, foi necessária a edição de normas infraconstitucionais a fim de dar efetividade à igualdade de gênero nas Forças Armadas.

No contexto da participação de mulheres nas Forças Armadas, em 07 de julho de 1980 foi promulgada a Lei Federal nº6.807/1980, revogada pela Lei Federal n º7.622/1987, revogada pela Lei Federal nº9.519/1997 (BRASIL, Lei

Federal nº9.519, 1997), criando-se o Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da Marinha (CAFRM), marco inicial e pioneiro da mulher nas Forças Armadas Brasileiras.

Em 1997, a partir da Lei Federal nº9.519/1997, de 26 de novembro de 1997 (BRASIL, Lei Federal nº9.519, 1997), foi conduzida uma restruturação administrativa na Marinha, extinguindo o CAFRM e incorporando as mulheres marinheiras aos Corpos de Saúde, de Engenheiros, de Intendentes, aos Quadros Técnico e Auxiliar, as diversas especialidades do Corpo Auxiliar de Praças (CAP) e ao Quadro de Músicos do Corpo de Fuzileiros Navais.

Em 2012, foi editada a Lei Federal nº12.705/2012 (BRASIL, Lei Federal nº12.705, 2012) que inaugurou uma nova era para as mulheres que assim desejarem pudessem ingressar nos Corpos e Quadros principais bélicos das carreiras militares. Dispõe o respectivo regramento sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército Brasileiro:

> Art. 7º - O ingresso na linha militar bélica de ensino permitido a candidatos do sexo feminino deverá ser viabilizado em até 5 (cinco) anos a contar da data de publicação desta Lei.

Ainda em 2012, em 26 de novembro, as Forças Armadas puderam contar com sua primeira oficial feminina a galgar o generalato, no posto de Contra-Almirante, a médica Dalva Mendes (G1, 2012, on-line). Em 2014, as mulheres suplantaram mais um desafio, ingressando na Escola Naval, apenas ainda no Corpo de Intendentes da Marinha, tendo sido graduadas em 2017.

Nesse mesmo ano, o Memorando n° 1, de 10 de abril de 2017, do Comando da Marinha do Brasil (BRASIL, Comando da Marinha, Memorando nº1, 2017), passou a possibilitar o ingresso de Oficiais e Praças femininas nos Corpos da Armada e de Fuzileiros Navais, antes restrito apenas a militares do sexo masculino, a partir da Escola Naval.

> Por meio do Memorando n° 1, de 10 de abril de 2017, o Comandante da Marinha, Almirante de Esquadra E.B.L.F., decidiu ampliar a participação de Oficiais e Praças femininas em atividades de aplicação efetiva do Poder Naval, autorizando o embarque em navios e unidades de tropa. Dessa forma, as Oficiais passarão a ingressar nos Corpos da Armada e de Fuzileiros Navais, a partir da Escola Naval. As Praças femininas, também, poderão fazer parte do Corpo de Praças da Armada, o que permitirá o embarque em meios do Setor Operativo.

No mesmo contexto, a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE) aprovou, em 30 de novembro de 2017, o parecer do Senador Jorge Viana (Partido dos Trabalhadores, PT/AC) mostrou-se alinhado ao acolhimento do Projeto de Lei da Câmara (SENADO FEDERAL, PLC 147, 2017), que permitia o acesso das mulheres a todos os cargos de Oficiais da Marinha[11]. Tal PLC foi sancionado pelo então Presidente da República à época, Michel Temer, originando a Lei Federal nº13.541/2017 (BRASIL, Lei Federal nº13.541, 2017) que deu nova redação à Lei Federal nº9.519/1997, especialmente em seu artigo 9º, parágrafos e incisos, conforme abaixo:

> Art. 9º Os Oficiais da Marinha, de ambos os sexos, são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição, observados os valores, princípios e normas nela estabelecidos.
>
> § 1º Na conciliação, obrigatória, entre as exigências do preparo do Poder Naval e sua aplicação em situação de guerra e crise e as diferenças físicas entre os sexos feminino e masculino, será observado o seguinte:
>
> I - os Corpos e os Quadros de Oficiais da Marinha do Brasil serão integrados por Oficiais de ambos os sexos, e compete ao Comandante da Marinha fixar em quais escolas de formação e cursos, além de definir as capacitações e as atividades, em que serão empregados Oficiais dos sexos feminino e masculino; e
>
> II - ato do Poder Executivo definirá os percentuais dos cargos dos diversos Corpos e Quadros para os sexos feminino e masculino (...).

Com tal alteração, promovida pela Lei Federal nº13.541/2017, viabilizou-se o edital para o ingresso das mulheres na Escola Naval, a partir de 2019, sendo disponibilizadas inicialmente 12 vagas, as quais, no segundo ano após o ingresso, ou seja, em 2020, puderam optar pelo Corpo da Armada, Corpo de Fuzileiros Navais e Corpo de Intendentes

Não obstante todo o contexto histórico da participação das mulheres nas Forças Armadas, os casos das militares trans retratados no trabalho não

[11] A Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE) aprovou nesta quinta-feira (30) o parecer do senador Jorge Viana (PT-AC) favorável ao projeto de lei da Câmara (PLC 147/2017) que libera o acesso às mulheres a todos os cargos de oficiais da Marinha brasileira. A proposta é da Presidência da República e segue com pedido de votação em regime de urgência para o Plenário do Senado. Pelo texto, as mulheres poderão ser admitidas nas atividades operativas da Força, podendo integrar o corpo da Armada e o de Fuzileiros Navais, até então restritos apenas a militares do sexo masculino.

representariam maiores entraves para fim da aplicação do dispositivo legal previsto no artigo 10º, da Lei Federal nº9.519/1997 (BRASIL. Lei Federal nº9.519, 1997, art.10º):

> Art. 10. No interesse do Serviço Naval, poderão ser processadas transferências de Oficiais entre os diversos Corpos e Quadros.
>
> Parágrafo único. As normas e requisitos para transferência são estabelecidos por ato do Ministro da Marinha.

No entanto, talvez não houvesse "interesse" do Serviço Naval em manter as militares trans em atividade, o que levanta dúvidas de que o intuito era mesmo o de reformar, não importando que as militares não portassem qualquer incapacidade e estivessem em pleno vigor laboral e intelectual.

A Marinha alega que o artigo 10º, da Lei Federal 9.519/1997, na ação da Sargento Bruna (TRF2, Ação Ordinária nº0210689-57.2017.4.02.5101, on-line), somente poderia ser aplicado a Oficiais e não a Praças, mas a Instituição assim não procedeu no caso da Comandante Bianca, que é uma Oficial Superior, no posto de Capitã-de-Corveta (Major nas outras Forças).

A Defensoria Pública da União (DPU), que representa a Sargento Bruna, menciona que poderia simplesmente ter sido aplicado o Plano de Carreira de Praças da Marinha (PCPM), Portaria nº342/MB, de 17 de dezembro de 2007, onde, no item 3.16, está prevista a possibilidade de transferência entre os Corpos e Quadros para praças, não havendo qualquer óbice quanto a transferência entre quadros e corpos femininos e masculinos.

> 3.16 – TRANSFERÊNCIA ENTRE CORPOS E QUADROS
>
> 3.16.1 – Motivo de Transferência entre Corpos e Quadros
>
> A transferência da praça é procedida na razão das necessidades do serviço, a critério da Administração Naval e condicionada ao preenchimento dos requisitos existentes e à capacidade de a praça atender ao emprego previsto no Corpo ou Quadro de destino, em função da qualificação e da proficiência demonstrada na carreira. As transferências são efetuadas *ex officio* ou a pedido. (BRASIL, Comando da Marinha, Portaria 342/MB, 2007)

A tabela 3.3.2 do PCPM demonstra que é permitida a transferência entre o Corpo de Praças da Armada (CPA), constituído apenas por homens anteriormente ao Memorando nº1/2017, ao qual a Sargento Bruna e a Cabo Allanis pertencem, e o Corpo Auxiliar de Praças (CAP), onde a própria Marinha afirma possuir mulheres (TRF2, Ação Ordinária nº0210689-57.2017.4.02.5101, on-line):



Figura 2 - tabela 3.2.2 do PCPM (fonte: pt.slideshare.net)

O Decreto Federal nº4.034/2001, que dispõe sobre as promoções de praças na Marinha, também considera a possibilidade de transferências de Corpos e Quadros para praças para cumprir requisitos de promoções na carreira:

> Art. 20. Nos diferentes Corpos e Quadros, as vagas a serem consideradas para as promoções serão provenientes de:
>
> (...)
>
> V - transferência de Corpo ou Quadro, que implique na saída da praça da relação numérica em que se encontrava. (BRASIL, Decreto 4.034, 2001, art.20)

Não restam dúvidas, portanto, de não haver qualquer impedimento ou mesmo ofensa ao princípio da legalidade estrita, que se ampara a Administração Pública Militar, para a transferência das militares de Corpo e Quadro de forma a atender às necessidades do serviço e mantê-las em atividade, ainda mais considerando todo o investimento que a Nação dispendeu na formação dessas

militares, o que pode caracterizar um desperdício de dinheiro público. Tais militares poderiam ainda estar contribuindo com o desempenho efetivo das atividades militares, utilizando-se se suas capacidades técnicas e intelectuais em benefício da Nação e, por consequência, da sociedade como um todo.

Outra das alegações das Forças Armadas recai sobre um possível constrangimento que a presença de militares transexuais poderia gerar às demais mulheres em ambientes de privacidade e intimidade como alojamentos e banheiros, como relatado na ação da Sargento Bruna (TRF2, Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101, on-line). Tais alegados constrangimentos, que adentra a esfera de subjetividades e individualidades de cada militar na condução da questão, deve ser abordado sempre se adotando uma postura respeitosa no tratamento interpessoal. Todavia, somente se leva em consideração o contexto da maioria, não se considerando a especificidade da situação da militar trans, constrangida em sua individualidade.

Essa questão alçou o enquadramento de tese de Repercussão Geral na Suprema Corte do país, no julgamento do Recurso Extraordinário 845.779 (Tese 778, ainda pendente de julgamento), que trata sobre a situação do uso de banheiros públicos por pessoas transexuais, em um caso em que uma mulher trans foi impedida de utilizar o banheiro feminino de um *Shopping Center* de Santa Catarina, em abordagem grosseira e vexatória, tendo sido retirada à força por seguranças do estabelecimento. O Ministro Luiz Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, assim declarou em seu voto (CONJUR, 2015, RE 845.779):

> O suposto constrangimento causado às demais mulheres num banheiro feminino pela presença de uma transexual não é comparável ao mal estar suportado por ela se tivesse que usar o banheiro masculino. Imagine-se o desconforto que teria uma pessoa como a Roberta Close ou uma pessoa como a Rogéria se forem obrigadas a frequentarem um banheiro masculino, que seria uma agressão à natureza dessas pessoas, uma agressão à identidade dessas pessoas, ao modo como elas se percebem, ao modo como elas vivem as suas vidas.

Na ação da Sargento Bruna (TRF2, Ação Ordinária nº0210689-57.2017.4.02.5101, on-line), são enfáticos em mencionar, sem qualquer evidência científica e lógica, um possível incremento da probabilidade de violência sexual/estupros contra mulheres cisgênero[12], no compartilhamento de espaços

[12] O oposto de transgênero; pessoas cisgênero são pessoas cujas identidades de gênero são congruentes com seus sexos designados no nascimento.

comuns, trabalhando com suposições e com o "medo" que representaria a presença de uma militar transexual inserida no contexto militar, "genitalizando" a questão, supondo que militares trans, algumas possuindo seus órgãos genitais do sexo originário, pudessem violentar as outras mulheres.

Tais argumentos de cunho moral, sem base científica e exclusivamente "genitalistas", preponderando a genital das pessoas como fator definidor de seus gêneros, deveriam ser superados. As genitais das pessoas não definem seus gêneros. Genitais são apenas um aspecto da estrutura anatômica e corporal que delimita o sexo. Gênero é muito mais amplo que uma mera genital.

Os supostos constrangimentos, que adentram a esfera de subjetividades e individualidades de cada militar na condução da questão, poderiam ser enfrentados com campanhas de conscientização e enfrentamento do assédio e da discriminação, bem como com capacitações sobre as questões relacionadas à diversidade de gênero, adotando-se, nesses casos, uma postura respeitosa no tratamento interpessoal. Após a conclusão do processo de transição, as militares trans poderiam, por exemplo, ter a opção de se utilizarem de alojamentos e compartimentos que correspondam à sua identidade de gênero. O intuito deveria ser o de incluir e não segregar.

Há ainda um contexto que deve ser levantado, no que concerne à dignidade humana, princípio norteador dos tratados e acordos internacionais que tratam sobre direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, art.1º e 2º) prevê que:

> Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade, (...) sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Dessa forma, entende-se o conceito da dignidade como revestido de um caráter valorativo absoluto, concedido e disposto a cada ser humano em sua singularidade. Nesse sentido, o homem é um sujeito de direitos, mas, sobretudo, um ser digno, em sua essência, em sua alteridade.

No mesmo contexto, foi elaborado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, editado pela ONU em 16 de dezembro de 1966, internalizado pelo Brasil em 1992 (BRASIL, Decreto nº592, 1992), assenta no item 1 do artigo

2º e do artigo 26 a proibição de quaisquer formas de discriminação e a garantia a todas as pessoas de proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, dentre outros.

O artigo 1º do Pacto de São José da Costa Rica (CIDH, 1969, art.1º), que possui natureza jurídica de Legislação Supralegal em nosso ordenamento jurídico, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, como demonstra um trecho do Parecer Consultivo nº24, de 24 de novembro de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> (...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero. (CIDH, 2017, p.78)

Relevante mencionar os Princípios de Yogyakarta que dispõem sobre a aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, e que, por sua vez, ressalta em seu preâmbulo a identidade de gênero:

> (...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo. (CIDH, 2006, preâmbulo)

Como se pode constatar, a identidade de gênero é um viés da personalidade de cada pessoa que a identifica e a individualiza. E, quando há um desrespeito à identidade de gênero de um indivíduo, os direitos de sua personalidade são violados e, consequentemente, a sua dignidade é afrontada. Os Princípios de Yogyakarta aduzem também a relevância ou importância do trabalho digno na vida e na autoidentificação das pessoas, como demonstra seu Princípio 12:

> Princípio 12 – Direito ao Trabalho: "Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero". (CIDH, 2006, princ.12)

Nas conferências que deram forma aos aclamados princípios, em que o Brasil participou e se constituiu signatário, proferiu-se ainda como obrigação ou dever dos Estados:

> b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também "incluindo humanos o serviço na polícia e nas forças militares", fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias. (CIDH, 2006, princípio 12, alínea b)

Da análise de todo esse conjunto principiológico global de direitos humanos, do arcabouço jurídico pátrio, incluindo os regramentos militares, e das alegações em que se fundamentam as Forças Armadas brasileiras para reformar *ex officio* suas militares transexuais, percebe-se que não assiste razão legal para a reiterada violação de direitos pela qual vêm passando as militares trans, reiteradamente reformadas ao ousarem reivindicar suas identidades de gênero dentro das casernas.

Diante de todo o contexto, o Ministério Público Federal (MPF), por meio de um Inquérito Civil (MPF, Inquérito Civil 1.30.001.000522/2014-11, 2014), estudou o assunto, enfatizando que as militares estavam sendo reformadas compulsoriamente, sem qualquer amparo no Direito, simplesmente por serem transexuais e externarem seus desejos ou intenções de realizarem a transição de gênero. Foi elaborada uma Notificação/ Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017, em 21 de novembro de 2017, seguido de uma Nota Pública[13], visando notificar o

[13] O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, expediu recomendação aos Comandos do Exército Brasileiro, da Marinha e da Aeronáutica para que a transexualidade não seja considerada como motivo determinante para a reforma de militares, nem como forma de incapacidade para o exercício da atividade militar. A recomendação leva em consideração elementos colhidos durante um inquérito civil instaurado em 2014 (nº1.30.001.000522/2014-11), que teve como objetivo apurar possível violação aos direitos humanos no âmbito das Forças Armadas Brasileiras, que estariam reformando sistematicamente militares por conta da condição ou opção sexual, sob o fundamento da incapacidade para o serviço militar. Nos casos concretos de militares transexuais analisados durante o inquérito

Comando do Exército Brasileiro, nos termos do art.12, da Lei Complementar 75/93 (BRASIL, Lei Complementar nº75, 1993, art.12), a fim de recomendar:

a) Que a transexualidade não seja considerada como motivo determinante para a reforma de militares, nem como forma de incapacidade para o exercício da atividade militar;

b) Que sejam estabelecidos programas de reabilitação ou transferência de militares transexuais em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por mulheres;

c) Que sejam implementados programas de combate à discriminação, voltados à erradicação da homofobia e transfobia, de modo a não excluir das Forças Armadas as pessoas transexuais ou homossexuais.

No entanto, a referida Notificação do MPF foi praticamente ignorada pelas três Forças. A Marinha do Brasil alegou, em processo judicial público (TRF2, Ação Ordinária nº0036388-94.2018.4.02.5102, on-line), que não acatou a recomendação, pois o documento não a vincula.

A iniciativa do MPF representa uma disputa de narrativas, onde se sente a ausência de entidades jurídico-políticas, como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Federal de Medicina, dentre outras entidades que pudessem se envolver nessas narrativas de forma a constituir um debate sólido e apoiado nos fatos e na ciência.

(um do Exército, dois da Marinha e um da Aeronáutica), todos foram excluídos do serviço ativo das Forças Armadas após manifestarem o desejo de realizar transição de gênero. Para os procuradores da República Ana Padilha e Renato Machado, autores da recomendação, a suposta impossibilidade de manutenção da militar transexual nas Armas ou Quadros Militares exclusivamente masculinos não encontra amparo constitucional ou legal, seja pela possibilidade de transferência de militares entre Corpos e Quadros, seja pelo ingresso de militares mulheres em Armas/Quadros/Funções antes exclusivamente ocupados por homens. O MPF recomenda ainda que sejam estabelecidos programas de reabilitação ou transferência de militares transexuais em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por mulheres e tenham alterado o gênero masculino para o feminino; e implementados programas de combate à discriminação, voltados à erradicação da homofobia e transfobia, de modo a não excluir das Forças Armadas as pessoas transexuais ou homossexuais. Os respectivos Comandantes deverão, no prazo de 30 dias, informar as providências adotadas, sob pena de impetração da medida judicial cabível em caso de inércia ou descumprimento.

A Defensoria Pública da União (DPU) instaurou uma Ação Civil Pública (TRF2, ACP nº 0002781-93.2018.4.02.5101, 2018), visando impedir que as Forças Armadas continuem a reformar reiteradamente militares transexuais de seus quadros por motivação transfóbica, após estas militares declararem suas condições de transexuais a seus superiores hierárquicos, devendo-se permitir que integrem o Corpo, Quadro, Arma, serviço próprio condizente com suas autodeterminações de gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se tempo de serviço, o período em que algumas militares estiveram de licença compulsória para tratamento de saúde.

Nessa ACP, em que já foi emitida a sentença, esta constatou haver a ocorrência de condutas irregulares, e "quiçá preconceituosas", por parte das Forças Armadas brasileiras de forma a justificar a intervenção do Poder Judiciário na questão, sendo evidente que a transexualidade não impede o exercício de atividades laborativas de qualquer espécie, não havendo a menor razoabilidade em aplicar à servidora (civil ou militar) regras inerentes à incapacidade laboral. A ação segue em curso, em sede recursal, no Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF2).

Em 13 de junho de 2019, o pleno do STF, no julgamento do Mandado de Injunção nº4.733 (MPF, MI 4.733, 2019) e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 (STF, ADO 26, 2019), entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não elaborar lei que criminalizasse atos de homofobia e de transfobia, contrariando o inciso XLI, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determina que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. A Suprema Corte reconheceu, por maioria, a mora do Congresso Nacional para criminalizar as condutas atentatórias a direitos e garantias fundamentais praticados contra os membros da comunidade LGBTI no sentido do enquadramento da Homofobia e da Transfobia como tipo penal definido na Lei 7.716/1989 (BRASIL, Lei Federal nº7.716, 1989).

Em relação às ações individuais, a ação judicial promovida pela Cabo Allanis Costa visando sua reintegração encontra-se em curso, com os autos com a juíza para prolação de sentença, na 1ª Vara Federal de Magé/RJ (1VF MAGÉ/RJ, Ação Ordinária nº0182854-55.2017.4.02.5114, on-line); a ação promovida pela 2º Sargento Bruna Gurgel encontra-se aguardando agendamento para sessão de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), em sede recursal (TRF2, Ação Ordinária nº0210689-57.2017.4.02.5101, on-line).

A ação promovida pela Comandante Bianca Figueira encontra-se em juízo de admissibilidade recursal, de recurso especial e extraordinário, na vice-presidência do TRF2 (TRF2, Ação Ordinária 0036388-94.2018.4.02.5102, on-line), em vias de ser encaminhada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ); e a ação da hoje Subtenente Maria Luíza da Silva encontra-se no STJ (STJ, AREsp 1.552.655/DF, on-line), com decisão monocrática do Ministro Herman Benjamin a seu favor, em vias de ser encaminhada ao pleno da turma para julgamento do recurso de Agravo Interno. Maria Luíza só não foi reintegrada à ativa por contar com 60 anos atualmente, tendo o curso processual se estendido por morosos 18 anos e a graduação de Subtenente só admitir militares até o limite etário máximo de 54 anos, de acordo com o Estatuto dos Militares.

4. Perspectiva Global Comparada do Emprego de Militares Trans

Ainda no campo das alegações, as Forças Armadas brasileiras atestam, sem qualquer base técnica ou estudo científico, que o emprego de militares trans nas instituições poderia prejudicar o desempenho das tarefas inerentes à carreira militar, como manobras operativas, marchas, atuação em ambiente de beligerância, embarques em navios e atividades ligadas à segurança pessoal, de terceiros e dos bens da Fazenda Nacional sob sua guarda, a bordo e nas organizações militares em terra, aí incluídos o uso de armamento militar, tarefas estas em que se exige um padrão de higidez física e mental maiores que aqueles relacionados à execução das atividades laborativas no meio civil (TRF2, Ação Ordinária 0036388-94.2018.4.02.5102, on-line).

Não há qualquer estudo científico que aborde os riscos que a atuação de transexuais pode acarretar no desempenho das atividades militares, pois sequer existem militares transexuais exercendo a atividade nas Forças Armadas brasileiras para possibilitar a realização de tal estudo. Poderiam se referir, por exemplo, a militares trans servindo em outras Forças Armadas pelo mundo, mas não o fazem, certamente por saber que não existe nenhum estudo alinhado às suas crenças e convicções.

Nos Estados Unidos da América, existem entre 2.5 e 7 mil militares transexuais que servem em diversos setores das Forças Armadas e cerca de 250 militares estão em processo de transição de gênero ou tiveram aprovadas formalmente sua mudança de gênero com a equipe do Pentágono, conforme a nota abaixo, situação essa que só foi desvelada após recente decisão polêmica do

ex-Presidente Trump em tentar obstar seus legítimos direitos de servirem seu país[14], com o intuito de retroceder e tornar novamente vedado o acesso de pessoas trans nas Forças Armadas dos Estados Unidos, o que causou uma série de protestos (ESTADÃO, 2017, on-line).

O argumento utilizado pelo ex-Presidente Donald Trump era o de que as Forças Armadas americanas estariam apenas focadas em vitórias decisivas e esmagadoras e não possuem tempo nem recursos para dispender com coisas tão banais e, segundo ele, o país seria fortemente onerado com tremendos custos médicos e transtornos que os militares trans acarretariam. Ocorre que, de acordo com um estudo realizado em 2016, pela Rand Corporation, os custos médicos com membros trans no serviço militar representam uma porção excessivamente pequena das despesas em saúde do componente.

Contraditoriamente, a despesa anual das Forças Armadas americanas com medicamentos para problemas de ereção, por exemplo, chega a US$84 milhões (US$41,6 milhões apenas com Viagra), o equivalente a 10 vezes mais que a estimativa de custo de tratamentos de transição para militares transexuais das Forças Armadas. Os gastos com a saúde da população trans são mínimos, e não tremendos, como disse Trump, representando apenas 0,001% do orçamento anual do Departamento de Defesa.

Mais de 50 companhias, como Adobe, Airbnb, Amazon, Apple, Facebook, Google, IBM, Intel, LinkedIn, Microsoft, Twitter e Uber, após a medida de Donaldo Trump, assinaram uma carta aberta em defesa dos direitos de transexuais, posicionando-se contra qualquer mudança que coloque em xeque os direitos e a dignidade das pessoas transexuais (ESTADÃO, 2017, on-line).

Recentemente, em 20 de janeiro de 2021, tomou posse na presidência dos Estados Unidos da América, o democrata Joe Biden, conhecido por seu alinhamento às causas humanitárias, especialmente das pessoas em situação de risco e vulnerabilidade. As primeiras medidas do novo Presidente da maior

[14] Trump proíbe transexuais nas Forças Armadas dos EUA. O anúncio de Trump não fala sobre o que vai acontecer com os transexuais que já servem as Forças Armadas. Calcula-se que entre 2.500 e 7.000 pessoas transexual sirvam em diversos setores das Forças Armadas dos Estados Unidos. Cerca de 250 militares estão em processo de transição para seu gênero escolhido ou tiveram aprovada formalmente a mudança de gênero com a equipe do Pentágono, de acordo com autoridades do Departamento de Defesa. Indivíduos transexuais podem servir abertamente no serviço militar deste o ano passado, quando o antigo secretário de Defesa Ash Carter encerrou a proibição.

potência mundial foi desfazer todas as outras medidas do ex-presidente que deixou o cargo, Donald Trump e uma delas consistiu em revogar, em 25 de janeiro de 2021, a decisão de seu antecessor que proibiu transgêneros de servirem às Forças Armadas.

Para o novo Presidente, Joe Biden, identidade de gênero não deve ser fator impeditivo para que uma pessoa possa cumprir o serviço militar. Ele destaca em sua ordem executiva que "a América é mais forte, internamente e no mundo todo, quando é inclusiva. Os militares não são exceção". O efetivo das Forças Armadas americanas é de 1,3 milhão de militares, sendo 2.450 militares transgêneros, segundo dados de 2016 do *Think Tank Rand Corp* (DW.COM/PT, 2021, on-line).

O primeiro país do mundo a reconhecer e permitir pessoas transexuais nas Forças Armadas foi a Holanda, em 1974. Em 1992, a Suprema Corte do Canadá julgou inconstitucional proibir as transexuais no serviço militar. Na Inglaterra nunca houve uma proibição. Estima-se que aproximadamente 200 pessoas das Forças Armadas do Canadá são transexuais e o país, inclusive, convida pessoas trans a se alistarem. Em Israel, o Exército permite que os militares que decidam adequar seu sexo, assim o façam dentro das Forças Armadas.

Vários são os países que permitem oficialmente que pessoas transexuais (REVISTA LADO A, 2015) sirvam abertamente nas forças militares, entre eles: Austrália, Áustria, Bélgica, Bolívia, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Israel, Nova Zelândia, Holanda, Tailândia, Noruega, Espanha, Suécia e Reino Unido. A Grã-Bretanha aceita os transexuais abertamente desde 1999 - e a Austrália passou a fazê-lo em 2010 (ESTADÃO, 2014).

Recentemente, o Reino Unido se retratou por todas as exclusões que foram realizadas aos militares LGBTI, que foram sumariamente expulsos das Forças Militares, sendo retiradas suas medalhas e condecorações. O Ministério da Defesa anunciou que vai devolver todas as condecorações aos militares que foram dispensados por serem homossexuais. Tal prática até o ano 2000 e envolveram cerca de 250 militares que foram expulsos e perdiam suas medalhas todos os anos, unicamente por serem LGBT. Através de um comunicado oficial, o Ministério da Defesa disse que as dispensas e condenações representam "erros históricos" e que precisavam ser revistos (FOLHA/UOL, 2021, on-line).

Portanto, partindo-se de uma perspectiva global comparada, é completamente descabida e infundada a alegação de riscos às atividades militares que o emprego de militares trans podem acarretar, uma vez que vários outros países já se utilizam de militares trans de forma integrada e natural, sem que haja qualquer óbice ou contratempo. É mais um argumento fundado em suposição que funciona como subterfúgio para reformar as militares trans das Forças Armadas.

CONCLUSÃO

Pessoas transexuais convivem com um grande dilema, um grande conflito, desde que nascem, desde que se entendem por gente, nas mais anosas lembranças de suas infâncias. Sentem-se desencaixadas do contexto social de gênero, por se sentirem pertencentes a um determinado gênero, todavia, seus corpos, seu sexo, indicarem o sentido diametralmente oposto. Já foram (por vezes ainda são) vistas como pervertidas, como aberrações, como filhos do demônio, como doentes mentais.

Foram classificadas pela Classificação Internacional de Doenças, elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), na sua 10ª versão (CID10) como portadoras de "Transtorno de Identidade de Gênero" (F64.0), e, só recentemente, em 20 de maio de 2019, obtiveram, à custa de muita luta do movimento LGBTI e do entendimento que já era pacificado na classe médica, a retirada da categorização de transtornos mentais do CID10, com a publicação do CID11, passando a figurar em outra classificação na mesma CID como "Condição Relativa à Saúde Sexual", por pura preformatação, apesar do enorme estigma, a fim de que países pudessem lhes proporcionar políticas públicas de saúde, refenciando-se a um código da CID.

Pessoas transexuais são expulsas de casa por suas famílias incompreensivas que não aceitam suas expressões de gênero ou decisões de assumirem suas verdadeiras identidades; não conseguem encarar o ambiente escolar, hostil, perverso, onde são alvos constantes de *bullying*, brincadeiras risíveis e situações vexatórias e constrangedoras; não conseguem acessar o mercado de trabalho, pois sem família, sem educação e pelo preconceito latente na sociedade são rejeitadas e sumariamente descartadas de qualquer processo de seleção; quando já estão ocupando cargos e funções de trabalho, ao ousarem assumir suas identidades são dispensadas, afastadas de seus postos de trabalho.

Amar, casar, ter uma família, adotar, estudar, trabalhar, ir e vir, ter acesso à saúde, frequentar ambientes públicos ou privados, como um banheiro, por exemplo, são direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão, de tal forma resguardados que muitos se tornam absolutamente corriqueiros e imperceptíveis em seu exercício diário. Para qualquer pessoa trans o exercício do direito aos mais simples atos do cotidiano são fontes de verdadeiro pavor, angústias e sofrimentos. Convivem com o julgo, com o "o olhar do outro", uma ameaça constante, sendo permanentemente julgados e sentenciados à exclusão, ao desprezo e, tantas vezes, a violências de toda sorte.

Não seja! diz-lhes o mundo. Mas, se for, não conte; se contar, não mude; se mudar, não mostre; e, se mostrar, que seja longe de nós. São, portanto, brasileiras que vivem de fato como se não tivessem sequer o direito de existir. Nosso país ostenta o tenebroso e sombrio primeiro lugar no ranking de países[15] que mais matam pessoas trans por motivação odiosa em todo o planeta, segundo dados da *Transgender Europe*[16], e isso é só o reflexo, a nível macro, de todas as pequenas violências e violações de direitos que são direcionadas às pessoas trans no Brasil.

Das alegações, das ações e dos movimentos em busca de direitos que notadamente foram violados, o que se pode depreender é que o intuito das Forças Armadas brasileiras sempre foi o de reformar suas militares trans, enquadrá-las em uma suposta doença que, apesar de inserida na Classificação Internacional de doenças, nunca foi doença, nem tampouco incapacita qualquer pessoa de absolutamente nada. A intenção sempre foi levantar dúvidas sobre a condição das mulheres transexuais militares, uma condição pouco sabida e conhecida, suscitar ilações e suposições sobre possíveis riscos e consequências graves decorrentes sem qualquer fundamento técnico ou científico, mencionar que não existem mulheres nos cargos e funções, nos Corpos e Quadros anteriormente ocupados, em suma, o que importava era reformar, retirar de cena, afastar e, ainda assim, em completo contrassenso, alegar que aquela foi a solução que menor dano acarretaria às militares afastadas.

O arcabouço jurídico nacional e internacional não mais tolera condutas tão nocivas e atentatórias às dignidades humanas dessas pessoas, mulheres trans militares, reformadas por atos de discriminação notória, revestidos de pretensa

---

[15] Brasil de Fato. *Em 2019, 124 pessoas trans foram assassinadas no Brasil*. (Referências).
[16] Transgender Europe. (Referências).

legalidade, todavia viciado pelo preconceito, sob a forma de transfobia e machismo institucional e estrutural, que não encontra mais guarida no âmbito de nossos Tribunais e Cortes Superiores, bem como nas Cortes e Comissões Internacionais.

O presente artigo é uma parte bastante singela e resumida de um trabalho que se estrutura em ambiente acadêmico, a nível de mestrado, que se pretende expandir em muitos outros vieses e perspectivas, proporcionando, como mencionado na introdução, que sejam construídas, em futuras pesquisas, propostas críticas para o problema discriminatório que envolve o tema. Espera-se que o objetivo principal, de publicizar tais violações de direitos, tenha sido alcançado, na certeza de que a luta e a militância individual de suas agentes, das militares reformadas unicamente por serem trans, bem como do movimento LGBTI se materialize em direitos, em igualdade, em cidadania, em respeito e em humanidade.

REFERÊNCIAS

1ª VARA FEDERAL DE MAGÉ/RJ. *Ação Ordinária nº 0182854-55.2017.4.02.5114*. Juíza: Ana Carolina Vieira de Carvalho. Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=01828545520174025114&num_chave=&num_chave_documento=&hash=94b5e868078bf6a11b1b96e63893f421>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:18:00.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA (APA). *Manual Estatístico e Diagnóstico de Saúde Mental – DSM-5*. Disponível em: <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnosico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:16:00.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção Primeiros Passos.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:14:00.

_____. Comando da Marinha do Brasil. Memorando 1/2017, de 10 de abril de 2017. *37° Aniversário de Ingresso das Mulheres nas fileiras da Marinha do Brasil.* Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/ordem_do_dia_07jul.pdf>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:12:00.

_____. Comando da Marinha. Portaria nº 342/MB, de 17 de dezembro de 2007. *Aprova o Plano de Carreira de Praças da Marinha.* Brasília, DF, 17 dez.2007.

_____. Decreto nº592/1992, de 06 de julho de 1992. *Dispõe sobre: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:10:00.

_____. Decreto Federal nº4.034, de 26 de novembro de 2001. *Dispõe sobre a promoção de praças na Marinha e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4034compilado.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:08:00.

_____. Lei Complementar nº75/1993, de 20 de maio de 1993. *Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:06:00.

_____. Lei Federal 6.880/1980, de 09 de dezembro de 1980. *Dispõe sobre o Estatuto dos Militares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:04:00.

_____. Lei Federal nº7.716/1989, de 08 de agosto de 2012. *Dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12705.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:02:00.

_____. Lei Federal 9.519/1997, de 26 de novembro de 1997. *Dispõe sobre a reestruturação dos Corpos e Quadros de Oficiais e de Praças da Marinha.* Disponível em:<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9519-26-novembro-1997-365382-norma-pl.html>. Acesso em: 22 Jan.2021, 09:00:00.

_____. Lei Federal 12.705/2012, de 08 de agosto de 2012. *Dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12705.htm>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:58:00.

_____. Lei Federal 13.541/2017, de 18 de dezembro de 2017. *Altera a Lei nº 9.519, de 26 de novembro de 1997, que "Dispõe sobre a reestruturação dos Corpos e Quadros de Oficiais e de Praças da Marinha"*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13541-18-dezembro-2017-785953-publicacaooriginal-154538-pl.html>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:56:00.

_____. Senado Federal. Notícias. *Mulheres poderão ter acesso a todos os cargos de oficiais da Marinha.* Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/30/mulheres-poderao-ter-acesso-a-todos-os-cargos-de-oficiais-da-marinha>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:54:00.

BRASIL DE FATO. *Em 2019, 124 pessoas trans foram assassinadas no Brasil*. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/29/em-2019-124-pessoas-trans-foram-assassinadas-no-brasil>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:52:00.

CONJUR. *Voto, Ministro Barroso, STF*. RE845.779. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf >. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:50:00.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (CADH). *Pacto de San Jose da Costa Rica*, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:48:00.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Parecer consultivo oc-24/17 de 24 de novembro de 2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:46:00.

_____. *Princípios de Yogyakarta*, 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf_>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:44:00.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DW.COM/PT. Estados Unidos. *Biden revoga ordem de Trump que proibiu transgêneros nas Forças Armadas*. Lusa Reuters, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/biden-revoga-ordem-de-trump-que-proibiu-transg%C3%AAneros-nas-for%C3%A7as-armadas/a-56339922?maca=pt-BR-Whatsapp%20Web-sharing>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:42:00.

EL PAÍS. Brasil. *Por que a OMS erra ao considerar os transexuais como doentes mentais?* Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/26/ciencia/1469530342_919740.html >. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:40:00.

ESTADÃO. Internacional. *Um desafio para o militar transexual*, 2019. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,um-desafio-para-o-militar-transgenero-imp-,1134602>. Acesso em Acesso em: 22 Jan.2021, 08:38:00.

_____. Internacional. *Custos com saúde trans no serviço militar dos EUA seriam menores que com viagra*. 27 de julho de 2017. Disponível em: <https://emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,eua-gastaria-mais-com-viagra-do-que-com-saude-de-trans-no-servico-militar,70001908203>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:36:00.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARINA, Roberto. *Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.

FOLHA/UOL. *Reino Unido vai devolver medalhas a militares dispensados por serem gays*. 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/02/reino-unido-vai-devolver-medalhas-a-militares-dispensados-por-serem-gays.shtml>. Acesso em: 16 Fev.2021, 09:00:00.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Notas sobre a prova no processo penal*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, n. 25, jul.- dez. 1978.

G1. Distrito Federal. *'Começo hoje a minha mais nova missão', diz general Villas Bôas sobre instituto para portadores de doenças raras*. 04/12/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/12/04/comeco-hoje-a-minha-mais-nova-missao-diz-general-villas-boas-sobre-instituto-para-portadores-de-doencas-raras.ghtml>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:34:00.

_____. Rio de Janeiro. *Primeira Contra-Almirante do Brasil diz que mulheres têm visão diferenciada*. 28/11/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/11/primeira-contra-almirante-do-brasil-diz-que-mulheres-tem-visao-diferenciada.html>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:32:00.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Inquérito Civil 1.30.001.000522/2014-11*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-

rj/recomendacao-transexuais-forcas-armadas>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:30:00.

_____. *Mandado de Injunção nº4.733*, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/MI-4733.pdf>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:28:00.

O GLOBO. *Agence France-Presse* (*AFP*). *Estudo prova que a transexualidade não é transtorno psiquiátrico*. 2016, Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-prova-que-transexualidade-nao-transtorno-psiquiatrico-19805459>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:26:00.

_____. *Transexualidade sai da categoria de transtornos mentais da OMS*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/transexualidade-sai-da-categoria-de-transtornos-mentais-da-oms-22795866?fbclid=IwAR3zF_bmkEp3r1aa1BUWVxI-K4VZh44wv-wq_AQXBj2Gg0BkkhYf2VGVo3s_>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:24:00.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) de 10 de dezembro 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:22:00.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Classificação Internacional de Doenças – CID 10*, 1989. Disponível em:<https://www.bulas.med.br/cid-10/>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:20:00.

_____. *Classificação Internacional de Doenças – CID 11*, 2019. Disponível em: <https://www.who.int/classifications/classification-of-diseases>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:18:00.

REVISTA LADO A. *Transexuais militares de diversos países se reúnem e trocam experiências*. Disponível em: <https://revistaladoa.com.br/2015/11/brasil/absurdo-catolico/>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:16:00.

SADOCK et al. *Compêndio de psiquiatria: ciência do comportamento e psiquiatria clínica*. Disponível em: <https://oitavaturmadepsicofm.files.wordpress.com/2019/03/compecc82ndio-de-psiquiatria-kaplan-e-sadock-2017.pdf>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:14:00.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo em Recurso Especial: AG em REsp 1.552.655/DF (2019/0220529-0)*, Relator: Ministro Herman

Benjamin, DJ. 17/03/2020). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%221.552.655%22&b=DTXT>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:12:00.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº26*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:10:00.

SUTTER, Matilde Josefina. *Mudança de Sexo: Causas e Consequências. Intersexualidade e transexualidade*. Revista do IMESC, nº 3, 1982.

TRANSGENDER EUROPE. Disponível em: <https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/#>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:08:00.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO (TRF2). *Ação Civil Pública: ACP nº 0002781-93.2018.4.02.5101*. 5ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Ricardo Perlingeiro**.** Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00027819320184025101&num_chave=&num_chave_documento=&hash=9c8b691c6729cdc5a2d2e547f0d97495>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:06:00.

_____. *Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101*. 8ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Marcelo Pereira da Silva. Disponível em: <https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=02106895720174025101&hash=a78bdc45e405692b26e8e403cf691301>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:04:00.

_____. *Ação Ordinária nº 0036388-94.2018.4.02.5102*. 6ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Guilherme Couto de Castro. Disponível em: <https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00363889420184025102&hash=0d482f19118c5a078738370d22eeebcc>. Acesso em: 22 Jan.2021, 08:02:00.

WALKER, Paul. *Sex and Life Cycle: Transexualism (Sexo e Ciclo da Vida: Transexualismo)***.** Nova York: Grune & Stratton, 1996.

CENTRAIS SINDICAIS E LUTA CONTRA A LGBTFOBIA NO BRASIL: a inclusão da diversidade no ambiente de trabalho

Isadora Oliveira Araújo
Faculdade Nobre, Graduanda em Direito
Feira de Santana, Brasil
araujo.isa2011@hotmail.com

Maria Lara Nascimento Oliveira
Faculdade Nobre, Graduanda em Direito
Feira de Santana, Brasil
mariaa.laraa@icloud.com

Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Universidade Federal Fluminense, Mestre em Sociologia e Direito PPGSD/UFF
Niterói, Brasil
gabrielcavalcanteadv@gmail.com

Resumo: A pesquisa tem como objetivo geral analisar como aparece a questão do combate à LGBTfobia nos documentos políticos das centrais sindicais brasileiras. Apontam-se como objetivos específicos encontrar quais reivindicações de direitos da população LGBT constam nos documentos sindicais e qual a conexão entre as reivindicações e o Direito. Para tanto, tem-se como objeto de investigação as seguintes centrais sindicais: a CSP Conlutas, a Central Única dos Trabalhadores e a Força Sindical. O estudo é uma análise documental que utiliza como núcleo da investigação os documentos congressuais aprovados pelas respectivas centrais, bem como as notícias veiculadas sobre a homofobia nos endereços eletrônicos das mesmas. Além disso, procura-se realizar uma reflexão em perspectiva histórica de como foram constituídas as centrais sindicais no Brasil e como a pauta LGBT foi inserida nas defesas políticas dessas organizações. Entende-se que a busca por redução das desigualdades de oportunidade no mercado de trabalho tem expressão concreta nas reivindicações das minorias sociais, sendo de grande valor científico empreender leituras críticas a respeito dessa questão e de como tais reivindicações desdobram-se em direitos para a classe trabalhadora. A base bibliográfica aproveitada para apreender o fenômeno do sindicalismo no Brasil foram as obras de Armando Boito, Ricardo Antunes e Marcelo Badaró. Ademais, o local da população LGBT nas organizações de trabalho é central para nossa investigação, sendo indispensável a utilização das pesquisas de Pedro Augusto Gravatá Nicoli. Inicia-se a investigação pelo desenvolvimento histórico das centrais sindicais no

Brasil, para, a partir disso, apreender como o movimento sindical assimilou a luta por maior igualdade no ambiente de trabalho no que se refere à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, e, ao final, analisa-se a documentação já demarcada.

Palavras-chave: Centrais Sindicais; LGBT; Relações de trabalho; Inclusão social; Discriminação.

Abstract: The general objective of the research is to analyze how the issue of combating LGBT phobia appears in the political documents of the Brazilian union centrals. Specific objectives are to find out which claims of rights of the LGBT population are contained in union documents and which is the connection between the claims and the law. To this end, the following union centrals are investigated: CSP Conlutas, the Central Workers Union and Força Sindical. The study is a documentary analysis that uses the congressional documents approved by the respective centrals as the core of the investigation, as well as the news transmitted about homophobia in their electronic addresses. In addition, an attempt is made to reflect on the historical perspective of how union centrals were constituted in Brazil and how the LGBT agenda was inserted in the political defenses of these organizations. It is understood that the search for the reduction of inequalities of opportunity in the labor market has a concrete expression in the claims of social minorities, and it is of great scientific value to undertake critical readings on this issue and how such claims unfold in rights for the class. worker. The bibliographic basis used to apprehend the phenomenon of unionism in Brazil were the works of Armando Boito, Ricardo Antunes and Marcelo Badaró. Furthermore, the location of the LGBT population in work organizations is central to our investigation, and the use of research by Pedro Augusto Gravatá Nicoli is indispensable. The investigation begins with the historical development of union centers in Brazil, in order to understand how the union movement assimilated the struggle for greater equality in the work environment with regard to discrimination based on sexual orientation and gender identity, and at the end, the documentation already demarcated is analyzed.

Key-Words: Union Centers; LGBT; Work relationships; Social inclusion; Discrimination.

INTRODUÇÃO

O presente texto tem como debate de fundo o entrelaçamento entre duas maneiras distintas de dominação reproduzidas na sociedade capitalista, tratando-

se aqui como elemento essencial a ideia de que a dominação existente na sociedade é sempre a de um ser humano por outro ser humano. A primeira forma de dominação é a dominação existente entre uma classe social e outra classe social; a segunda forma de dominação é a existente entre formas distintas de experimentação da sexualidade. A primeira diz respeito ao cotidiano mais amplo dos trabalhadores, que tendo ingressado nas relações de produção são condicionados pelas categorias mais costumeiramente tratadas como relações econômicas, tais como salário, tempo de trabalho e condições de trabalho. Ao passo que a segunda diz respeito a uma parcela mais invisibilizada da sociedade com opções ou orientações sexuais distintas do encarado como normal (ou normalizado) pela ideologia dominante.

Quais são então as escolhas tomadas aqui para a apreensão mais concreta e específica da problemática existente entre opressão de classes e LGBTfobia? Em primeira linha compreendemos que as expressões diversas da LGBTfobia se reproduzem em todo o tecido social e com grande centralidade no mundo do trabalho, dessa forma nosso desenvolvimento irá colocar em evidência de análise as formas de controle sobre (ou de exclusão do) trabalho que utilizam como sustentação ideológica a aversão à diversidade sexual. Por outro lado, escolhemos como base de observação para a nossa empreitada os documentos oficiais emitidos pelos congressos das principais centrais sindicais brasileiras. Dessa forma buscaremos entender como as questões cotidianas sofridas pela população LGBT têm reflexo nos debates maiores travados pelo sindicalismo brasileiro. Qual é então o nosso propósito? A partir da delimitação de três centrais sindicais, a CSP Conlutas, a Central Única dos Trabalhadores e a Força Sindical, buscar nos documentos oficiais desses organismos coletivos como aparece a questão LGBT.

Não há como, portanto, realizar a análise específica a respeito da documentação base sem considerar o desenvolvimento histórico da organização dos trabalhadores a nível nacional. O sindicalismo no Brasil tem origem nas primeiras décadas do século XX, organizando movimentos de trabalhadores e até greves gerais, com forte inspiração anarquista, trazidas principalmente pelos imigrantes italianos. Com o desenvolvimento da era Vargas nasceu o nosso sindicalismo oficial, de Estado, corporativista, traços que se sustentam até hoje. Mesmo no período de Ditadura Civil Militar que se instaurou no Brasil, entre as décadas de 1960 e 1980, no qual todas as categorias de organização sindical tinham

que atuar de maneira oculta, sob pena de prisão de suas lideranças, houve a organização de mobilizações para reivindicação de direitos.

No entanto, é necessário realizar a devida reflexão de como o sindicalismo brasileiro introduziu o debate sobre diversidade sexual em seu horizonte de reivindicações, pois se as organizações dos trabalhadores encabeçaram grandes lutas pela melhoria das condições de trabalho, buscando apoderar-se de ações afirmativas que possam beneficiar classes marginalizadas. Com esse reconhecimento, surge a necessidade de entender: de que maneira as Centrais Sindicais têm atuado para a integração da população LGBT no mercado de trabalho?

De outro lado, são inúmeras as questões relacionadas ao povo LGBT que se entrelaçam a questão do trabalho. Assim, as discriminações (de gênero, orientação sexual, raça, etnia e outras) atreladas à falta de oportunidades são causas da perpetuação de exclusão social, e logo, conformadoras também de relações de classe. Por exemplo, a rejeição que muitas pessoas transexuais sofrem na infância e na adolescência impede que recebam uma educação de qualidade e alcancem oportunidades no mercado de trabalho. Por outro lado, mesmo os que possuem qualificações suficientes, são discriminados e têm seus direitos restringidos. Assim, tanto a exclusão dos gays, lésbicas, bissexuais e transexuais da vida laboral, passando por remunerações menores e chegando até o assédio moral e o sofrimento psíquico no ambiente de trabalho são expressões de mecanismos de dominação que conservam e reproduzem a LGBTfobia na realidade social.

Com isso, desenvolveremos o nosso caminho de exposição da seguinte maneira: 1) Iremos apresentar de forma breve o percurso histórico de consolidação do sindicalismo no Brasil, de maneira a apontar qual o local das centrais sindicais no congregado maior da organização sindical nacional; 2) Vamos expor as principais problemáticas em torno da questão LGBT no mundo do trabalho; e 3) buscaremos analisar como aparece a questão LGBT nos documentos oficiais das três centrais sindicais que delimitamos: CUT, Força Sindical e CSP Conlutas.

1. O local das centrais na estrutura sindical brasileira

Delimitamos como espaço de análise três organismos políticos que são as centrais CUT, CSP e Força Sindical. Mas qual é o espaço social ocupado pelas centrais no panorama maior da organização sindical brasileira? Em um primeiro sentido é necessário resgatar qual é o processo de constituição da organização sindical no Brasil, para daí entendermos o significado social das centrais.

Diferentemente da Europa, em que o trabalho assalariado substituiu a servidão característica do sistema feudal, temos no Brasil a constituição da exploração através do salário em razão da substituição da mão de obra escrava. Isso diz muito sobre a forma como concretamente ingressamos no modo de produção capitalista, e delineia o atraso histórico ao qual está submetida a sociedade brasileira.

O modo de exploração do trabalho a partir do assalariamento possibilita, entretanto, a organização coletiva dos trabalhadores tendo por base justamente a reivindicação de condições melhores para o exercício do trabalho, o que invariavelmente incorpora a pauta por melhores salários. O próprio desenvolvimento do capitalismo encarna uma tendência em que cada vez mais é reivindicado aos trabalhadores que trabalhem mais horas, de forma mais intensa e em troca de salários cada vez menores; essa tendência social, no entanto, reivindica uma contratendência por parte dos trabalhadores a se manifestarem. O fato de que a exploração do trabalho, no capitalismo, tem como elo formal o contrato legal, legitimado socialmente pelo Estado, faz com o que em última instância haja uma conexão entre a intervenção na esfera política e a reprodução da atividade laboral.

Da mesma maneira como no centro do capitalismo a exploração do trabalho através do salário deu razão à organização sindical, no Brasil inaugura-se a possibilidade de organização do trabalho através dos sindicatos a partir da generalização do assalariamento. A substituição do escravismo pelo assalariado no século XIX, ainda que de forma incipiente, já traz de forma embrionária as primeiras formas de organização e as primeiras greves, como é o caso dos tipógrafos no Rio de Janeiro, como bem demarcou Antunes (ANTUNES, 1999, p. 18).

O avanço da reprodução do trabalho dominado pela relação salarial no tecido social brasileiro procedeu de forma paulatina até a generalização, de maneira que a década de 1930, a partir da era Vargas, determinou a necessidade de um novo rearranjo social. Do ponto de vista da leitura de classes e de forças políticas Antunes faz a seguinte análise a respeito da Era Vargas:

> Na verdade, o processo iniciado em 1930 assemelha-se ao que Lenin denominou de "reformismo pelo alto", ou seja, um acordo entre as frações dominantes feito pelo alto, conciliando os interesses agrários com os interesses urbanos emergentes e excluindo qualquer forma de participação efetiva da classe operária. Esta, por sua vez, tentou isoladamente participar das eleições presidenciais de 1930, candidatando Minervino de Oliveira pelo Bloco Operário e Camponês, organização parlamentar do então ilegal PC. Embora tenha sido eleito Júlio Prestes, representante da burguesia cafeeira, deflagrou-se um movimento militar que barrou a sua posse. O resultado de tudo isto levou Vargas ao poder em -1930. Iniciou-se então uma nova fase do sindicalismo brasileiro. (ANTUNES, 1999, p. 23)

Nesse sentido, sendo uma transformação da realidade social que se deu pelo alto, a partir do acordo entre frações da classe dominante, o controle sobre a classe operária era uma necessidade para a estabilização do novo regime. Dessa forma, a criação de um novo sistema legal para a regulação do trabalho, cristalizado na CLT, e a sistematização de arcabouços previdenciários significam a dupla face do processo de apaziguamento dos diversos setores da classe trabalhadora. Assim, é no interior da CLT que será gestada a estrutura legal da organização sindical brasileira, que até então era vista como caso de polícia.

Dentro do processo de reforma pelo alto característico da revolução de 30 os sindicatos com autonomia civil que então eram hegemonizados pelo anarquismo seriam substituídos por sindicatos de estado. Nessa perspectiva a forma sindicato torna-se uma maneira de controle do Estado sobre os trabalhadores, e não uma forma de pressão dos trabalhadores diante do Estado. Tratando dessa instrumentalidade Boito apresenta as seguintes perspectivas:

> A organização de um aparelho sindical pelo Estado representa um modo peculiar de suprimir a liberdade sindical. A atividade sindical não é proscrita, nem pela lei, nem pela prática do Estado. Trata-se, então, de uma situação distinta daquela verificada nas democracias burguesas em formação na Europa do século XIX, uma vez que nesses casos verifica-se a proibição de todo tipo de sindicalismo. No regime do sindicalismo de Estado, tal qual esse regime existe no Brasil, suprime-se a liberdade sindical na medida em

> que se concedem privilégios – monopólio legal da representação, recursos financeiros – à atividade sindical no interior do sindicato oficial e submetido às normas de funcionamento desse aparelho sindical. (BOITO, 1991, p. 38)

A questão é que o emaranhado de relações humanas que compõe as atividades sindicais se complexificam e ganham relativa autonomia em relação à totalidade social, sempre tendo por base a reprodução da relação econômica. Tal processo de complexificação tem como reflexo uma regulação jurídica determinada em contextos culturais, sociais e econômicos distintos. Sendo assim, dentro da processualidade brasileira quais vem a ser as particularidades da estrutura sindical? A primeira é a de que por ser o sindicato um órgão de Estado, como já vimos, temos uma peculiaridade em que o sindicato é subordinado ao Estado; a segundo a de que o Sindicato é único, não havendo liberdade para a criação de sindicatos autônomos; em terceiro lugar, sendo o Sindicato único cabe ao Estado a definição legal da legitimidade da organização sindical para representar interesses dos trabalhadores; por fim, que o financiamento da organização sindical no Brasil se deu historicamente mediante contribuições obrigatórias impostas pelo Estado. A respeito dessa estrutura Boito faz a seguinte reflexão:

> A investidura sindical, a unicidade sindical e as contribuições sindicais obrigatórias por força de lei geram um aparelho sindical integrado ao Estado e separado dos trabalhadores. Essa separação caracteriza-se pela impossibilidade de os trabalhadores deliberarem sobre questões de organização referentes ao aparelho sindical. Não decidem qual o organismo sindical que os representa, não são responsáveis e não controlam as suas finanças e não podem estabelecer livremente as normas que regem o funcionamento do aparelho sindical. Este é um órgão de direito público, sujas normas de funcionamento são estabelecidas em lei. Tal situação estrutural do aparelho sindical oficial produz uma série de efeitos que, comumente, e de maneira errônea, são tomados pela estrutura que os produz. (BOITO, 1991, p. 39)

Em que pese a utilização frequente da categoria aparelho, a qual não por falta de espaço e tempo não podemos tratar de maneira crítica de forma mais detida no presente trabalho, os desdobramentos apontados por Boito realçam a demonstração de uma estrutura que tem como traço geral a dependência do sindicato em relação ao Estado e a alienação do trabalho em relação à forma de organização sindical.

No interior desse panorama que se inicia com o nascimento da estrutura sindical brasileira, caracterizada em traços maiores pela dependência em relação ao Estado e pela alienação em relação aos trabalhadores, e em traços mais estritos pelas quatro características que levantamos acima, teremos então décadas de exploração do trabalho através do assalariamento e de controle burocrático das organizações sindicais pelo Estado a partir dessa estrutura. O desenvolvimento dessa estrutura trouxe os precedentes necessários para que, no período militar, a atividade sindical fosse reprimida, sem ser necessário alterações na legislação, como vemos apontado em Matos:

> Os instrumentos já estavam dados pela própria CLT, que facultava ao Ministério do Trabalho o poder de intervir nas entidades sindicais, destituindo diretorias eleitas e substituindo-as por interventores. Assim, tão logo o golpe consolidou-se, o governo militar ordenou a intervenção em 433 entidades sindicais (383 sindicatos, 45 federações e 4 confederações). A cassação dos direitos políticos e a instauração de inquéritos policiais militares contra os principais dirigentes sindicais cassados criaram, para os que conseguiram escapar à prisão imediata, a alternativa da clandestinidade ou do exílio. (MATOS, 2009, p. 101)

A repressão ao movimento sindical seguiria constante até que ao final da década de 70, notadamente nos anos de 1978, 1979 e 1980 o impulso grevista estalou no ABC paulista. É justamente da ebulição social característica desse período que faz surgir as centrais. Ocorre então, entre os dias 21 e 23 de agosto de 1981, a 1ª Conferência Nacional da Classe Trabalhadora, a CONCLAT. Em contexto histórico significou o maior encontro de militantes sindicais realizado no país, até então, e um enfrentamento direto à ditadura militar vigente. Em razão das divergências instaladas no seio do sindicalismo, no dia 23 de agosto foi eleita a Comissão Nacional Pró-CUT, de maneira que dois anos depois foi fundada a Central Única dos Trabalhadores – CUT – em 28 de agosto de 1983. O desenvolvimento de centrais sindicais, como grupos de pressão nacionais, vai ter impacto direto na forma como a organização sindical é prevista na constituição de 1988 e no âmbito do novo período democrático que se instaura. A respeito da nova organização sindical expressa na constituição de 1988 e resultado da nova configuração de forças do período democrático as análises teóricas são as mais distintas, Galvão, Marcelino e Tropia sinterizam as divergências da seguinte maneira:

> A caracterização da estrutura sindical e a análise de seus efeitos sobre o sindicalismo brasileiro têm sido, há tempos, objeto de um intenso debate: discute-se se a referida estrutura assegura ou não a liberdade e autonomia sindicais; se pode ainda ser considerada corporativista; se a intervenção do Estado no campo da organização sindical deve ser defendida ou rechaçada etc. Almeida (1989) considera que a Constituição de 1988 teria substituído o corporativismo estatal por um modelo neocorporativista. Para Rodrigues (1990), a Constituição de 1988 teria dado origem a uma estrutura sindical "híbrida". Boito Jr. (1991), diferentemente, sustenta que a Constituição possibilitou a democratização da forma de gestão dos sindicatos, sem, contudo, romper com a estrutura sindical corporativa. Oliveira et al. (1993); Cardoso e Comin (1995); Arbix (1996) atribuíram à experiência das câmaras setoriais – arranjo tripartite vigente entre 1992 e 1995 – a capacidade de provocar a transição do sindicalismo brasileiro rumo ao neocorporativismo. Cardoso (1997) argumenta que, apesar da manutenção de seus principais aspectos formais, a estrutura sindical teria sido superada na prática. Já para Pochmann (1998), a preservação dos traços gerais do modo de organização e representação de interesses estabelecido na década de 1930 continua limitando a prática dos agentes. (GALVÃO, MARCELINO E TROPIA, 2015, p. 25)

Dessa forma, a princípio as centrais sindicais significam um impulso organizativo que vem de fora do sistema sindical estruturado e que pressionam a institucionalidade de modo a introduzir elementos democráticos no rígido sistema corporativo brasileiro. No entanto, as alterações realizadas não representam uma ruptura completa com o sistema consolidado imediatamente anterior. Como inicialmente parte integrante da sociedade civil as centrais podem desenvolver estatutos próprios, sem limitações institucionais, debates democraticamente constituídos com representação de delegados desde a base e podem representar a unificação de pautas entre trabalhadores; porém, a base de sustentação das centrais permanece sendo o sindicato dependente atrelado ao Estado, com todas as suas limitações características. Com relação a essa alteração sem ruptura completa Matos nos traz o seguinte desenvolvimento:

> Em relação às propostas apresentadas pelo novo sindicalismo nos anos de 1980, o projeto de uma mudança da estrutura sindical, em direção à autonomia e liberdade plena de organização, foi frustrado. Como vimos, a Constituição de 1988 garantiu o direito de organização dos funcionários públicos, sacramentou a possibilidade de criação de centrais sindicais e, a conquista mais importante, extinguiu o poder de intervenção do Ministério do Trabalho sobre os sindicatos. No entanto, permaneceram a unicidade sindical, o monopólio da representação, o poder normativo da Justiça do

> Trabalho e o imposto sindical. Ou seja, mantiveram-se as bases fundamentais da estrutura sindical corporativista. (MATOS, 2009, p. 132)

Ao longo dos anos 2000 outras centrais sindicais são criadas, fatos decorrentes especificamente de rachas ocorridos na CUT, tais como a Conlutas criada em 2004, a Intersindical criada em 2006 e a CTB fundada em 2007. Esse processo é demarcado por Galvão, Marcelino e Tropia:

> Nosso interesse é compreender o significado da criação dessas novas organizações no panorama do sindicalismo brasileiro a partir dos anos 2000. CTB, Intersindical e Conlutas resultam de várias cisões daquela que é, historicamente, a mais importante central sindical brasileira, a CUT, e se situam no campo político-ideológico de esquerda no sindicalismo, endereçando críticas de diversas ordens aos governos petistas, governos apoiados pela parcela majoritária do movimento sindical, inclusive pela própria CTB. Além disso, o surgimento das três centrais evidencia as ambiguidades da estrutura sindical brasileira, uma estrutura sindical marcada pela unicidade nas organizações de base e pelo pluralismo na cúpula e com a qual os dirigentes sindicais mantêm uma relação complexa e contraditória: aproveitam-se de suas vantagens para criar organizações e para obter os recursos necessários a sua sobrevivência, contribuindo para a reprodução do edifício corporativo, ao mesmo tempo em que tecem críticas a alguns de seus aspectos, uma vez que essa estrutura estabelece limites à atuação dos sindicatos e favorece a burocratização. (GALVÃO, MARCELINO E TROPIA, 2015, p. 24)

Burocratização e abertura democratizante representam impulsos que permeiam a estrutura das centrais e que as tornam um organismo ambíguo. Ao mesmo tempo que reivindicam alterações na organizabilidade do sistema sindical tem por base de atuação entidades aprisionadas por essa lógica. Tal panorama se aprofunda com a promulgação da lei das centrais sindicais em 2008, a partir da qual, por e exemplo, uma parcela do imposto sindical passa a ser destinado para as centrais.

Por fim, qual é a localização social das centrais na estrutura sindical brasileira? A princípio uma organizabilidade oriunda da sociedade civil, com base nas estruturas sindicais oficiais, que significou no concreto alterações na estrutura corporativa do sindicalismo brasileiro. Em um segundo momento histórico determina-se uma paulatina absorção dessas estruturas no aparato mais amplo do sindicalismo oficial, representando uma nova estrutura híbrida. De maneira que, ao final, a assimilação completa-se com a legalização das centrais e a inserção da

mesma no aspecto maior de subordinação do sindicalismo ao Estado que é característico do cenário brasileiro.

2. As dificuldades enfrentadas pelo LGBT no Mercado de trabalho

Em razão da localização das centrais sindicais no interior do sistema sindical brasileiro elas cumprem com o papel de refletir politicamente as demandas decorrentes da classe trabalhadora. Assim, como a população LGBT integra o contingente maior da classe, as demandas em específico da população LGBT no interior das relações de trabalho devem ser determinadas especificamente. Nosso caminho de análise passa, então, por realizar a análise específica das determinações que envolvem a população LGBT no interior das relações de trabalho, o que faremos na presente seção.

A sigla LGBT é utilizada para reunir Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros desde a década de 1990, e tem desenvolvido variantes ao longo dos anos com o objetivo de incluir e expressar as mais diversas orientações sexuais e identidades de gênero existentes. Refere-se a um grupo socialmente minoritário e vulnerabilizado e, atualmente, é utilizada para se referir a qualquer pessoa que não se enquadra como heterossexual ou cisgênero. Por conta dos preconceitos em que a nossa sociedade ainda se encontra imersa, o Movimento LGBT busca respeito, aceitação e inclusão de todos aqueles que fogem ao padrão de gênero e/ou sexualidade em todas as esferas sociais, travando lutas expressivas por equidade social, plenamente garantida por nossa Constituição, para terem seus direitos básicos assegurados. Essas pessoas enfrentam discriminações e situações vexatórias cotidianamente e a isso dá-se o nome de LGBTfobia, que é "o sentimento, a convicção ou a atitude dirigida contra lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e travestis que inferioriza, hostiliza, discrimina ou violenta esses grupos em razão de sua sexualidade e/ou identidade de gênero." (RAMOS E NICOLI, 2016, p. 183).

Quando se trata de mercado de trabalho, local de oferta e procura de atividades remuneradas, este quadro se mostra ainda mais alarmante. Conseguir e manter um bom emprego é, sem dúvidas, difícil, mas para os LGBTs o desafio é muito maior e se inicia logo na tentativa de ingresso ao mercado de trabalho. Ao analisar o recorte de travestis e transexuais, percebe-se que a rejeição e o abandono

que as pessoas que possuem um gênero diferente do sexo biológico sofrem durante toda a sua vida, mas principalmente nas fases de desenvolvimento (infância e adolescência), impede ou dificulta que recebam uma educação de qualidade e alcancem oportunidades no mercado de trabalho. De acordo com uma pesquisa feita Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, 82% das pessoas transexuais e travestis abandonam os estudos. A evasão escolar dificulta o acesso a melhores cargos. Por outro lado, mesmo os que possuem qualificações suficientes, são discriminados e têm seus direitos restringidos. Soma-se isso ao fato de que a expectativa de vida de pessoas transgêneros no Brasil é de apenas 35 anos.

A Segunda Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos de LGBT, realizada em 2011, aponta como realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego a ação de apoiar a capacitação profissional para LGBT, com prioridade para as/os travestis e transexuais sob a justificativa de que foi marcada uma audiência pública nacional. Porém, os dados de uma pesquisa feita pelo *Center for Talent Innovation*, no mês de janeiro do ano de 2016, mostram que 90% das travestis se prostituem por não terem nenhuma oportunidade de emprego, até mesmo aquelas que possuem boas qualificações.

A discriminação e o preconceito têm efeitos que se estendem por todo o contrato de trabalho, inclusive desde a fase pré-contratual. Muitas pessoas que não se enquadram na heterocisnormatividade, ao procurarem empregos, não expõem sua orientação sexual por receio de que isso ocasione a não contratação. Quando contratados, é comum a prática de não contar aos colegas de trabalho por medo de ser excluído ou de ser alvo de chacotas. Com a necessidade de esconder uma parte de sua identidade, esses empregados podem se sentir inferiorizados ou perseguidos.

A mencionada pesquisa ainda aponta que, em nosso país, 61% dos profissionais homossexuais não assumem sua orientação sexual por medo de perder o emprego e 49% afirmam que não a escondem, mas não falam abertamente sobre o assunto com os colegas e alteram ou podam o próprio comportamento na busca por integração. Um dos grandes causadores desses índices é o medo da discriminação: 41% dos empregados LGBT declaram que já sofreram discriminação por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero no ambiente de trabalho. É muito comum a prática de podar

comportamentos ou jeitos que possam ser foco de comentários maldosos, nesse sentido Pereira e Nicoli assim observam:

> A entrada no universo do emprego padrão, para as pessoas de gênero e sexualidade dissidente, vem com o preço de tornar-se a pessoa física concreta esperada, para além da formulação genérica do direito. Tem de ser física de um jeito específico, agindo socialmente como homem e mulher "típicos". Especialmente no mundo do trabalho, que sobrepõe e potencializa as camadas normativas: gênero e sexualidade, de maneira geral, e o mundo sério e fechado do trabalho. No trabalho não há espaços para ser fora daquilo que se espera, nas expectativas binárias. (PEREIRA E NICOLI, 2020, p. 538).

A questão da assimilação das sexualidades dissidentes de maneira torná-las típicas insere na problemática da diversidade sexual uma perspectiva de normatização que extrapola a questão jurídica. Dessa forma, existe uma norma social que surge como cláusula oculta na qual a inserção do indivíduo LGBT na esfera do trabalho deve se ater a padrões tipificadores que anulam o próprio modo de ser do sujeito.

Algumas empresas realizam dinâmicas ou palestra com os funcionários para conscientizar sobre a necessidade de aceitação do outro pelo que ele é e inclusão de todos na equipe, porém ainda não representam maioria. No ano de 2018, no Brasil, 35 empresas e ONGs (Organizações Não Governamentais), as quais, juntas, possuem mais de 110 mil funcionários assinaram a Carta de Apoio à Diversidade, ao Respeito e à Inclusão de Pessoas LGBT+ nos Locais de Trabalho no Brasil visando reafirmar o compromisso com a inclusão da diversidade nos ambientes de trabalho. Labutando em um local mais seguro e acolhedor, os funcionários LGBT, e o grupo na totalidade, passa a produzir muito mais e desenvolver novas ideias.

Nos casos em que a discriminação em razão de sexualidade ou identidade de gênero chega ao conhecimento do Tribunal Superior do Trabalho, tem-se a imposição de danos morais. Destacamos duas dessas jurisprudências:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI 13.015/2014. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. Quanto à indenização por dano moral decorrente de tratamento discriminatório, consubstanciado por ofensas proferidas por superior hierárquico,

relacionadas à orientação sexual do reclamante, na frente de demais colegas de trabalho, tem-se que o Tribunal Regional, mediante os fatos e provas constantes dos autos, concluiu pelo dever da parte ofensora de reparar os danos, consignando que o reclamado foi omisso em sua obrigação diretiva e disciplinar. Nesse contexto, para se entender em sentido oposto, de que não haveria ato ilícito ensejador de reparação por dano moral, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 126 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. A jurisprudência do TST é no sentido de que a mudança do valor da condenação a título de danos morais somente é possível quando o montante fixado na origem se mostra fora dos padrões da proporcionalidade e da razoabilidade. Tal circunstância não se verifica na hipótese dos autos, em que o TRT, expressamente considerando o capital social da reclamada e a gravidade do dano, arbitrou o valor da indenização em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Assim, a decisão regional considerou o grau de culpa do empregador ante a sua omissão assim como a capacidade econômica das partes, pelo que incólume o art. 944 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-503-25.2011.5.02.0076, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 31/03/2017).

"RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL - OFENSAS PROFERIDAS SISTEMATICAMENTE POR COLEGAS DE TRABALHO - OMISSÃO DO EMPREGADOR - CARACTERIZAÇÃO. A Corte regional concluiu caracterizado o assédio moral em face do sofrimento psicológico experimentado pelo autor em decorrência do tratamento depreciativo e pejorativo que lhe era dispensado pelos colegas de trabalho, respaldado pela conduta omissiva do superior hierárquico. A conclusão regional baseou-se na prova colhida, de forma que, para alcançar a conclusão a que pretende a reclamada, no sentido de que o reclamante não sofreu ofensa a direitos personalíssimos em seu ambiente laboral ou não efetuou reclamações ou queixas sobre os insultos sofridos, seria necessário o revolvimento do acervo probatório, o que é vedado nesta Instância, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido" (RR-725-28.2012.5.09.0863, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 11/03/2016).

Fica latente, a partir das jurisprudências, que o assédio moral e o preconceito praticados no ambiente de trabalho, muitas vezes pelos colegas ou chefes, dificultam a convivência de uma pessoa LGBT neste local, e consequentemente, minam a sua permanência. A violência verbal é composta por

comentários preconceituosos e exclusão do indivíduo de grupos, acabando por abalar psicologicamente e intimidar aqueles que são o alvo da perseguição.

Há casos em que a violência passa para o campo físico, e há uma estatística assustadora: O Brasil é o país que mais mata LGBTs no mundo**.** A cada 20 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia, segundo o relatório "População LGBT Morta do Brasil" feito em 2018 pelo Grupo Gay da Bahia.

Tendo isso em consideração, o Supremo Tribunal Federal conferiu a tipificação penal da conduta de discriminar pessoas LGBTQI+, em junho de 2019, estendendo a interpretação do art. 20 da Lei do Racismo, para que esta também seja aplicada no contexto de crimes de ódio destinado a esse grupo, até que o Congresso Nacional crie uma legislação específica. A pena cominada é de 1 a 3 anos e multa, sendo o crime inafiançável e imprescritível. Ressalta-se que "a LGBTfobia é um desrespeito aos princípios basilares do Direito e da ordem política. Ela atenta contra a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade" (RAMOS E NICOLI, 2016, p. 190).

Dessa forma encontramos ao menos duas grandes frentes de análise em que a inserção da população LGBT na esfera do trabalho reivindica repercussões que atingem diferenciadamente os indivíduos que pertencem a esse setor social. A primeira delas diz respeito a própria contratação de alguém que apresenta orientação sexual distinta, a segunda a expressão de violências cotidianas no interior da relação de trabalho já no âmbito do contrato de emprego.

No que se refere a uma dificuldade maior de acesso da população LGBT ao emprego tal especificidade determina um quadro mais amplo de exclusão e/ou de aceitação de vagas de emprego de baixa remuneração para escapar do desemprego. Esse quadro é observado dado o grau maior ou menor de adequação do indivíduo LGBT ao padrão típico de heteronormatividade. Em razão dessa peculiaridade que a população trans recebe a maior carga da exclusão não só no campo do emprego, mas também no campo da educação formal.

Por outro lado, no que se refere à violência derivada da LGBTfobia, ela se expressa desde a maior até a menor intensidade, despontando na própria eliminação física de quem tem uma orientação sexual divergente, até no âmbito de micro-violências reproduzidas no cotidiano. É justamente a partir da reprodução

cotidiana de pequenas violências, e de como essas pequenas violências se expressam na esfera do trabalho, que temos uma dupla subordinação da população LGBT. Em primeira linha ocorre a subordinação atrelada à exploração enquanto classe trabalhadora, que tem de vender sua força de trabalho em troca de salário, reforçada pela subordinação enquanto sexualidade divergente. As duas subordinações não são autônomas entre si, mas reciprocamente alimentadas, de maneira que os mecanismos que operam a constituição de classe assimilam mecanismos derivados da opressão existente entre orientações sexuais dominantes e divergentes.

3. Para uma análise das documentações sindicais sobre diversidade sexual

Em razão de sua constituição específica no interior da estrutura sindical brasileira a central sindical acaba por acolher elementos de análise disseminados no ambiente de trabalho. A partir do momento em que a central sindical, a princípio configura-se como uma organizabilidade oriunda da sociedade civil, com base nas estruturas sindicais oficiais, as discussões ocorridas nas centrais demonstram-se relativamente abertas aos mais variados extratos da classe trabalhadora, mesmo que tenha ocorrido uma paulatina absorção dessas estruturas no aparato mais amplo do sindicalismo oficial.

Nesse sentido, os congressos sindicais acolhem olhares e perspectivas oriundos da classe trabalhadora, o que acaba por ser revertido nas atas finais dos congressos, o que simboliza uma sintetização da vontade política coletiva derivada da central sindical enquanto organização social. Assim, na presente seção iremos analisar os aspectos da documentação sindical resultado de congressos realizados pela Força, pela CUT e pela CSP-Conlutas, tratando não só dos documentos congressuais, mas também da maneira como a temática LGBT aparece em documentos diversos das organizações.

Ao analisarmos o material disponibilizado pela Força Sindical, o 8º Congresso, realizado em 2017, nem sequer tocou na pauta sobre os LGBTs, tratando apenas da discriminação sofrida por mulheres e negros. Consoante ao descaso, no endereço eletrônico não podemos encontrar nenhum embate social ofertado pela central sindical contra a LGBTfobia no último ano, assim como não

há também nenhum suporte de atualização periódico, tornando inviável a continuidade da análise documental.

Por outro lado, tratando-se da Central Sindical Popular conseguimos analisar através de arquivos disponibilizados que as necessidades das pessoas LGBT se fazem presente entre os anseios dessa central, seja como meio de inserção ao dar visibilidade a datas importantes, seja pela implementação de rodas de conversas sobre a desconstrução de ideologias preconceituosas, com isso entendemos ser uma temática de grande relevância para o sindicato, pois procuram versar sobre pautas como o índice de morte das pessoas LGBTs, debates sobre sexualidade e exposição de diferentes maneiras de pensamento, que de fato são maneiras de combater o preconceito e de inserção em meio social. Contudo, não identificamos propostas que buscam efetivamente inserir essas pessoas, que por tamanha discriminação, sofrem diretamente com o impacto o mercado trabalho.

O 4º Congresso realizado pelo CSP Conlutas, realizado em fevereiro de 2019, disponibilizou em endereço eletrônico o "Caderno de Contribuições Globais e Propostas de Resoluções" que versam sobre preconceitos estruturais como o machismo, a LGBTfobia, o racismo e a xenofobia. Segue trecho retirado do material:

> Fortalecer um sindicalismo combativo que dê respostas às novas formas de organização da classe trabalhadora e do povo brasileiro, e às formas de exploração e opressão sofridas. Nesse sentido, compreender e enfrentar a ultraexploração que se dá através dos processos de terceirização e uberização é central, bem como estar lado a lado de estudantes, sem terras, sem tetos e na luta pela saúde, assistência e previdência públicas. Construir um sindicalismo anti-racista, anti-machista e anti-lgbtfóbico, que valorize todas as formas de diversidade (de raça, gênero, identidade, orientação sexual, geracional, regional, etc.) em seu interior. (CSP, 2019, p. 82)

Diante do exposto, é perceptível que a CSP Conlutas possui políticas maiores para uma desconstrução de estigmas, mas que suas propostas quanto ao ambiente de trabalho em favor dos LGBTs ainda não atingiu um potencial incisivo para fomentar a abertura do espaço destinado a essas pessoas em específico, como também não é uma temática que é debatida individualmente, sempre estando ligada a outros embates, como racismo e xenofobia, sendo uma pauta mista, tratada como opressões generalizadas, sem base em suas respectivas

peculiaridades, que, apesar de próximas, merecem um espaço singular perante o debate.

A Central Única dos Trabalhadores é, dentre as pesquisadas, a que mais traz material informativo e políticas de inclusão LGBT no ambiente de trabalho. Em texto publicado no endereço eletrônico da divisão de Santa Catarina (CUT-SC), menciona-se que a inserção e aceitação de pessoas LGBT no mercado de trabalho é papel dos sindicatos também, e cabe ao movimento sindicalista o estímulo ao diálogo nos locais de trabalho sobre a imprescindibilidade de tratar a todos igualmente, independentemente de sua orientação sexual.

Os Congressos Nacionais realizados pela CUT, documentados nas Resoluções, discutiram bastante esta temática. O primeiro a mencionar o Movimento LGBT foi o 6º CONCUT, realizado em agosto de 1997, que resolveu apoiar o projeto de lei 1.151/1995, que pretendia instituir o direito à união civil entre pessoas do mesmo sexo, além de comprometer-se com o combate à homofobia dentro dos sindicatos e dos ambientes de trabalho, através de uma política anti-discriminatória em parceria com entidades que já militavam na luta contra esse preconceito.

O 9º CONCUT, datado de junho de 2006, retomou essa temática ressaltando a indispensabilidade da intervenção da central sindical para garantir os direitos de todos os trabalhadores homossexuais, tendo identificado a violação destes nos locais de trabalho, inclusive nos processos de seleção e recrutamento de funcionários. Para tanto, resolveu-se adotar estratégias como a intensificação do debate sobre o tema e a elaboração de cláusulas de isonomia de tratamento para os trabalhadores e trabalhadoras homossexuais, orientando as entidades filiadas a incorporarem nas pautas de reivindicações. Além disso, pretendeu-se a retomada do Projeto Orientação Sexual, Mercado de Trabalho e o Movimento Sindical, realizado pela CUT nos anos 2000 e 2001, e o apoio ao projeto de lei n° 503/2001, que dispunha sobre a criminalização da homofobia.

A partir deste congresso, a questão LGBT esteve presente em todos os outros subsequentes. A Resolução do 10º Congresso Nacional da CUT, realizado em agosto de 2009, pontua que:

> A discriminação por orientação sexual é uma das realidades que mais fortemente resiste e desafia o princípio da igualdade, e sem que seja vencida

> tal realidade discriminatória, a classe trabalhadora continuará a ver negligenciado direitos e garantias fundamentais, em virtude do preconceito e intolerância. Pensar uma sociedade em que o direito ao exercício pleno da sexualidade seja respeitado enquanto direito privado, sem que Estado nem qualquer setor da sociedade possam interferir, é um grande desafio para a sociedade contemporânea e para o movimento sindical. (CUT, 2009, p. 56)

Para que esse objetivo fosse alcançado, a CUT resolveu reconhecer os companheiros homossexuais como dependentes legais, desde que comprovem a união estável, para fins de recebimento de benefícios oferecidos pelas entidades filiadas, além de intentar com parlamentares a propositura de um projeto de lei nesta lógica. Também buscou estimular a criação de coletivos representativos da população LGBT em todas as suas esferas de atuação e a inclusão de uma grade tratando desta temática nos cursos ofertados pela Secretaria de Formação da CUT visando o combate à discriminação.

A CUT apresenta ainda enquanto resolução política cobrar do Poder Público a criação de delegacias especializadas no combate aos crimes relacionados à homofobia e incentivar a aprovação de lei que torne obrigatório o ensino da história do Movimento LGBT no mundo. Bem como criar espaços nos setores de comunicação de suas filiadas para divulgar casos de violência visando a responsabilização do agressor e elaborar mecanismos que auxiliem na inclusão das pessoas travestis e transexuais tanto no mercado de trabalho quanto nos espaços sindicais.

De outra maneira, a CUT defendeu a criação de uma lei que equiparasse os direitos previdenciários dos casais homoafetivos aos dos casais heteroafetivos, a aprovação do Estatuto da Família (Projeto de Lei n° 2.285/2007) e, novamente, da união civil entre pessoas do mesmo sexo (PL n° 1.151/1995). Incluiu as datas que marcam a luta do movimento LGBT em seu calendário oficial e se comprometeu com o envio de um ofício ao Presidente da República visando a instituição da faculdade do uso do nome social para pessoas transexuais e travestis, entre diversas outras resoluções que buscavam, principalmente, o fim da discriminação.

O 11º CONCUT, que aconteceu no mês de junho de 2012, tratou de forma mais incisiva sobre os crimes de ódio que são cometidos contra as pessoas LGBT e que culminam em seu extermínio:

> Os/as LGBTs são excluídos/ as do convívio social, do convívio familiar, das vivências escolares/acadêmicas, do mercado de trabalho e da priorização das políticas públicas. São necessárias políticas públicas de combate à homofobia e a violência homofóbica (que hoje atinge níveis alarmantes no país), a aprovação da igualdade jurídica entre cidadãos homossexuais e heterossexuais, a promoção da diversidade sexual, a aprovação da equidade de direitos entre cidadãos e cidadãs, independente da orientação sexual. Neste sentido, reforçaremos a luta pela aprovação da PL 122/06 que criminaliza a homofobia e pela garantia do princípio laico e republicano do Estado brasileiro nos espaços públicos. (CUT, 2012, p. 21)

Dessa forma, apontou que o combate à LGBTfobia no mundo do trabalho deveria ser um dos princípios de sua atuação, apontando no plano de luta a necessidade de implementar políticas que incentivem, na central sindical, a luta por igualdade racial, de gênero e LGBT. Repisou propostas legislativas mencionadas na Resolução do Congresso Nacional anterior.

A Resolução do 12° CONCUT, datada de 2015, reconheceu a importância das entidades sindicais na luta pela inclusão LGBT e pelo combate à violência nos ambientes de trabalho e fora deles. O apoio à criminalização da homofobia foi tema central do documento, que decretou que "a luta em defesa dos/as trabalhadores/as LGBTs deve ser integrada às demais políticas desenvolvidas na CUT, em todas as instâncias." (CUT, 2015, p. 77).

O mais recente dos Congressos Nacionais da CUT, o 13°, realizou-se em outubro de 2019. No Caderno de Teses deste encontro, a central sindical entendeu que "todos os esforços são importantes e necessários para garantir às pessoas LGBT não só o direito ao trabalho, mas a um ambiente inclusivo, com respeito e liberdade, sem constrangimentos ou violências" (CUT, 2019, p. 64). De outro modo ressaltou que, nos locais de labuta, é comum que as pessoas não assumam sua orientação sexual ou sua identidade de gênero quando são destoantes da heterocisnormatividade, precisando, por vezes, alterar seu comportamento para tentar integrar-se ao grupo, e que os trabalhadores LGBT deveriam participar ativamente dos movimentos sindicais para que lutem por seus direitos. A CUT se comprometeu ainda a criar coletivos de organização destes trabalhadores e estimular eventos como seminários e cursos que tenham como temática o combate à LGBTfobia no mercado de trabalho, a cooperar com outras entidades aliadas a esse Movimento e a fazer levantamento de dados visando entender melhor o perfil dos trabalhadores LGBT. Por fim, no plano de lutas deste documento, afirmou

que irá intensificar sua atuação junto aos movimentos sociais e que, por acreditar que muitas reivindicações destes funcionários podem ser resolvidas através de normas coletivas, vai elaborar minutas de cláusulas neste sentido e enviar aos sindicatos.

Em síntese, é consensual nos textos das centrais observadas que a problemática LGBT aparece de maneira residual (quando aparece) e com raríssimas proposições relacionadas a este setor social. Inscreve-se enquanto reflexão que, em função de que as orientações sexuais divergentes são normatizadas no espaço do trabalho, há um forte obstáculo estrutural para que as centrais sindicais captem os anseios específicos da população LGBT. Por outro lado, o afastamento burocrático das direções, reforçado pela própria localização das centrais no interior da estrutura sistêmica do sindicalismo, restringe as possibilidades de ampliação do debate a respeito da questão LGBT.

CONCLUSÃO

A título de conclusão apreendemos as seguintes perspectivas a partir da pesquisa que desenvolvemos:

1. A localização social das centrais na estrutura sindical brasileira determina-se por uma organizabilidade oriunda da sociedade civil, com base nas estruturas sindicais oficiais, que significou no concreto alterações na estrutura corporativa do sindicalismo brasileiro.
2. No entanto, em um segundo momento histórico determina-se uma paulatina absorção dessas estruturas no aparato mais amplo do sindicalismo oficial, representando uma nova estrutura híbrida. De maneira que, ao final, a assimilação completa-se com a legalização das centrais e a inserção da mesma no aspecto maior de subordinação do sindicalismo ao Estado que é característico do cenário brasileiro.
3. A questão LGBT no mundo do trabalho é determinada por duas perspectivas: A primeira diz respeito a própria contratação de alguém que apresenta orientação sexual distinta, sendo a população LGBT excluída da relação de emprego, e a segunda a expressão de violências cotidianas no interior da relação de trabalho, já no âmbito do contrato de emprego.

4. Ocorre uma dupla subordinação da população LGBT trabalhadora. Em primeira linha ocorre a subordinação atrelada à exploração enquanto classe trabalhadora, que tem de vender sua força de trabalho em troca de salário, reforçada pela subordinação enquanto sexualidade divergente.

5. A expressão da questão LGBT nos textos de expressão política das centrais sindicais é residual, de maneira que tal residualidade é resultado social: 1) da invisibilização de orientações sexuais divergentes na esfera do trabalho; e 2) do afastamento burocrático das centrais sindicais em relação aos dilemas reais da classe trabalhadora.

REFEFÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *O que é sindicalismo*. 18 ed. São Paulo: brasiliense, 1999.

ASCOM SINTEPE. *Sintepe retoma Coletivo LGBT e realiza Encontro pela Diversidade Sexual LGBTI+*. [S.I], Disponível em: <https://pe.cut.org.br/noticias/sintepe-retoma-coletivo-lgbt-e-realiza-encontro-pela-diversidade-sexual-lgbti-5d56>, Acesso em: 12 jan. 2021, 15:10:00.

BOITO JR, Armando. *O sindicalismo de estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical.* Campinas: Editora da UNICAMP; São Paulo: HUCITEC, 1991.

CENTRAL SINDICAL POPULAR. *Avançar na Construção da Central Sindical e Popular*. São Paulo, 2019.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR. *Resolução do 6º Congresso Nacional da CUT*. São Paulo, 1997.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR. *Resolução do 9º Congresso Nacional da CUT*. São Paulo, 2006.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR. *Resolução do 10º Congresso Nacional da CUT*. São Paulo, 2009.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR. R*esolução do 11º Congresso Nacional da CUT*. São Paulo, 2012.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR. *Resolução do 12º Congresso Nacional da CUT*. São Paulo, 2015.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR. *Caderno de Teses do 13º Congresso Nacional da CUT.* São Paulo, 2019.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR – SANTA CATARINA. *As dificuldades da inserção da Comunidade LGBTI no mercado de trabalho.* [S.I], Disponível em: <https://sc.cut.org.br/noticias/as-dificuldades-da-insercao-da-comunidade-lgbti-no-mercado-de-trabalho-1c42>, Acesso em: 12 jan. 2021, 16:00:32.

CENTRAL ÚNICA DO TRABLHADOR – SÃO PAULO. *Brasil segue no topo dos países onde mais se mata LGBTs.* [S.I], Disponível em: < https://sp.cut.org.br/noticias/brasil-segue-no-topo-dos-paises-onde-mais-se-mata-lgbts-4d85>, Acesso em: 12 jan. 2021, 16:10:30.

CEPERS. *Dia da Visibilidade Trans destaca a luta pelos direitos da população LGBT+.* [S.I], Disponível em: <https://cpers.com.br/dia-da-visibilidade-trans-destaca-a-luta-pelos-direitos-da-populacao-lgbt/>, Acesso em: 12 jan. 2021, 16:15:42.

GALVÃO, Andréia; MARCELINO, Paula; TRÓPIA, Patrícia Vieira. *As bases sociais das novas centrais sindicais brasileiras.* 1. Ed. Curitiba: Appris, 2015. 295 p.

GRUPO GAY DA BAHIA. *População LGBT morta no Brasil.* Salvador, 2018.

HANNA, W. CUNHA, T. Discriminação rouba de transexuais o direito ao estudo. [S.I], Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/violencia-e-discriminacao-roubam-de-transexuais-o-direito-ao-estudo>, Acesso em: 12 jan. 2021, 16:32:03.

MATOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e Sindicatos no Brasil.* 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

PAIXÃO, Mayara. *Histórias por trás de um mercado de trabalho que se fecha para pessoas LGBT+.* São Paulo, Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/17/historias-por-tras-de-um-mercado-de-trabalho-que-se-fecha-para-pessoas-lgbt>, Acesso em: 12 jan. 2021, 15:18:03.

PEREIRA, Flávia Souza Máximo; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2 p.519-544, 2020.

PINTO, W. *Na semana da diversidade, CUT promove seminário 'LGBT e o mundo do trabalho'.* [S.I], Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/na-semana-da-diversidade-cut-promove-seminario-lgbt-e-o-mundo-do-trabalho-e3a9>, Acesso em: 12 jan. 2021, 15:13:18.

PINTO, W. *Semana do Orgulho e Resistência começa nesta 3ª com ampla programação para LGBT.* [S.I], Disponível em: < https://www.cut.org.br/noticias/semana-do-orgulho-e-resistencia-comeca-nesta-2-com-ampla-programacao-para-lgbt-acf5>, Acesso em: 12 jan. 2021, 15:13:57.

RAMOS, Marcelo Marciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paula Rocha Gouvêa. *Gênero, Sexualidade e Direito: Uma Introdução.* Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

SILVA, R. *CUT-SP lança nova publicação sobre direitos LGBT e o mundo do trabalho.* São Paulo, Disponível em: <https://sp.cut.org.br/noticias/cut-sp-lanca-nova-publicacao-sobre-direitos-lgbt-e-o-mundo-do-trabalho-46f9>, Acesso em: 12 jan. 2021, 15:15:00.

8º Congresso da Força Sindical. Força Sindical, 2017. Disponível em: <https://fsindical.org.br/paginas /8o-congresso-da-forca-sindical/>, Acesso em: 02 fev. 2021, 21:03:00.

A INFLUÊNCIA DAS MANIFESTAÇÕES DO COLETIVO CHILENO LAS TESIS PARA A SUBVERSÃO DO CONCEITO DE ASSEMBLEIA

Natália Caroline Soares de Oliveira
Universidade Federal Fluminense, doutoranda do programa de pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios, Niterói, Brasil
oliveira_natalia@id.uff.com

Marcelo Luan Lopes Jarreta
Universidade Estadual de Londrina, graduando de Direito, Londrina, Brasil
marcelo.ljarreta@uel.br

Resumo: A presente pesquisa busca investigar o caráter performativo das manifestações do coletivo chileno Las Tesis que virou um hino nas manifestações de combate a violência contra a mulher e ao Feminicídio. A análise tem como base os fundamentos da teoria performativa de assembleia desenvolvida por Judith Butler, verificando também, a relação existente entre as manifestações e a política heteronormativa de representação. A pesquisa analisa a continuidade da reflexão política de Judith Butler acerca do conceito de performatividade e sua relação com o corpo, a linguagem e a reivindicação de direitos. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica e no estudo de caso, utilizamos como fontes de dados os principais veículos de comunicação da grande mídia, a fim de acompanharmos a repercussão e divulgação das ações em diferentes espaços. Assim, em um primeiro momento apresentamos o Coletivo Las Tesis e as características de sua manifestação, para, a partir daí, verificar se a atuação política do coletivo se mostra como um exemplo de assembleia pública performativa em conformidade com a teoria política desenvolvida por Butler. Para tanto, apresentamos um levantamento bibliográfico da construção dessa teoria e se ela se converge em um plano empírico, se baseando na atuação do Coletivo.

Palavras-chave: Performatividade, coletivo chileno Las Tesis, teoria performativa de assembleia, Judith Butler

Abstract: This research seeks to investigate the performative character of the demonstrations of the Chilean collective Las Tesis, which became a hymn in the demonstrations to combat violence against women and feminicide. An analysis is based on the foundations of the performative assembly theory developed by Judith Butler, also verifying the relationship between the manifestations and the heteronormative politics of representation. The research analyzes the continuity of Judith Butler's political reflection on the concept of performativity and its relationship with the body, language and reports of rights. The methodology used

is the bibliographic review and in the case study, using as main data sources the main media vehicles of communication, in order to accompany the repercussion and dissemination of actions in different spaces. Thus, in a first moment we present the Collective Las Tesis and the characteristics of its manifestation, to, from then on, verify if the political performance of the collective shows itself as an example of a performative public assembly in compliance with the political theory developed by Butler . To this end, we present a bibliographic survey of the construction of this theory and whether it converges on an empirical plane, based on the performance of the Collective.

Key-words: Performativity, Chilean collective Las Tesis, performative assembly theory, Judith Butler

INTRODUÇÃO

A filósofa e autora Judith Butler é uma das mais importantes pensadoras da atualidade. A sua produção intelectual ganhou força e destaque, em especial para os estudos de gênero e sexualidade, com o seu livro *Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade* (2003), mas ao longo da sua construção teórica, as ideias de Performatividade e precariedade da vida tem se destacado também para os estudos de ética e filosofia política. A proposta desse artigo é articular a tese presente no seu livro *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia* (2018), onde a autora sustenta que a ação conjunta de corpos ocupando os espaços públicos é uma maneira de questionar a política atual.

Para uma melhor compreensão dessa ideia, o artigo primeiro apresenta o Coletivo Las Tesis, sua história, formação e motivação, bem como descreve sua principal manifestação que tomou as ruas do Chile e as redes sociais ao redor do mundo, com o objetivo de elucidar que a atuação política do coletivo apresenta um caráter performativo e subversivo quanto as estruturas heteronormativas do fazer político.

Neste ponto, evidencia-se o problema de como convergir a teoria em prática. Neste ponto, tentaremos explorar se teoria política desenvolvida por Butler permite desenvolver um modelo de atuação política que reúne as vidas não vivíveis, os sujeitos em condição precária em uma atuação política que subverta a lógica de poder heteronormativa.

Para isso, o artigo apresenta em um primeiro momento a ideia de assembleia performativa desenvolvida pela autora e em um segundo momento articulamos essa base teórica para pensarmos a movimentação e performance

desenvolvida pelo coletivo chileno Las Tesis, que ganhou destaque nos últimos anos no combate e denúncia à violência contra as mulheres e feminicídio. Para tanto, usamos como metodologia a revisão bibliográfica e para o estudo de caso, utilizando como fontes de dados os principais veículos de comunicação da grande mídia, o Facebook e o Instagram.

A questão central do artigo se evidencia em compreender como e qual o impacto da interação intersubjetiva das manifestações na desconstrução do padrão heteronormativo da atuação política e possibilitando verificar as implicações práticas do conceito de agência desenvolvido por Butler como meio de viabilizar a mobilização e participação política.

1. O coletivo chileno "Las Tesis"

O coletivo chileno Las Tesis foi criado por Paula Cometa, Daffne Valdés, Sibila Sotomayor e Lea Cáceres, oriundas de Valparaíso, Chile, sendo que o nome do coletivo é fruto do objetivo de suas criadoras em traduzir teses de autoras feministas, a exemplo de Silvia Federicci, autora do livro *O Calibã e a bruxa: Mulheres, corpos e acumulação primitiva* (2019) e a antropóloga argentina Rita Segato, de forma performativa e com fácil entendimento. O coletivo ganhou grande repercussão com a performance "Un violador en tu camiño" (Um estuprador no seu caminho), que aborda a violência contra as mulheres, o feminicídio e faz uma crítica ao sistema patriarcal. A canção e a coreografia que fazem parte da performance, rapidamente foi adaptada para diferentes idiomas e foi utilizada como forma de protesto em diversos outros países, com grande repercussão também nas mídias sociais.

A performance consiste em uma coreografia, na qual as mulheres com os olhos vendados, cantam a canção "Un violador en tu camiño" (Um estuprador no seu caminho), o refrão diz: "E a culpa não era minha, nem onde estava, nem como me vestia" e apontam com os olhos vendados para o horizonte dizendo "o estuprador é você"[1]. O refrão em questão revela uma importante discussão sobre

[1] A canção completa pode ser encontrada nas mídias sociais (instagram e facebook) do coletivo Las Tesis. Aqui deixamos o refrão original: "Y la culpa no era mía, ni dónde estaba, ni cómo vestía. El violador eras tú..." retirado do vídeo postado na página oficial do facebook, referente a performance realizada em 11 de novembro de 2019, na Praça Aníbal Pinto, Valparaíso, Chile. Disponível em <https://fb.watch/2X69UyT1rj/>

a violência contra as mulheres: a culpa da vítima, seja pelo vestuário, lugares frequentados ou pelo comportamento fora de um padrão heteronormativo e do sistema patriarcal.

A relevância e destaque que as manifestações ganharam em diferentes países, está no fato de as violências que as diferentes mulheres sofrem, estão amparadas em estruturas heteronormativas comuns em diferentes territórios. Esse sentimento de pertencimento, entendimento e compreensão que muitas mulheres encontraram nessa performance é o que podemos chamar de reconhecimento, algo que une pessoas de diferentes culturas, idiomas, nacionalidades, em torno de uma causa comum.

Nesse sentido, as manifestações públicas ocorridas ao redor do mundo e a discussão e o impacto dessas performances, tanto nas mídias digitais como nos principais meios de comunicação, nos leva a articulação com a teoria da autora norte-americana, Judith Butler. Destacamos, nesse sentido, dois pontos principais: o conceito de performatividade e a teoria de assembleia pública.

Ao analisarmos a atuação do coletivo Las Tesis em suas mídias sociais e nos vídeos divulgados, onde também vemos a coreografia e a canção serem performadas por diferentes mulheres em vários países, pensamos nas dificuldades e nos entraves enfrentados na ocupação desses espaços, seja por parte violenta da polícia ou pela própria impossibilidade estrutural das ruas. O questionamento que se faz é: quem pode ocupar esses espaços livremente? Qual o significado desses corpos estarem presentes e visíveis nas ruas, ou também, nas mídias sociais?

Ao questionarmos a possibilidade ou impossibilidade de indivíduos poderem ocupar esses espaços públicos, estamos também questionando a própria democracia, uma vez que ela também é pensada como a possibilidade de corpos ocuparem os espaços públicos, por outras palavras, os espaços ditos públicos não são de fato acessíveis e pertencentes àqueles que desejam manifestar suas vontades e reivindicações livre e democraticamente. Assim, ao pensarmos os próprios corpos ocupando os espaços públicos, também pensamos como essa atitude reflete a impossibilidade dessas diversas identidades manifestarem a precariedade que enfrentam.

Para Butler, a precariedade é uma forma que engloba todos, é "uma condição social e econômica, mas não uma identidade (...) ela atravessa essas categorias e produz alianças potenciais entre aqueles que não reconhecem que pertencem uns aos outros" (BUTLER, 2018, p.74). Dessa forma, podemos

compreender a precariedade como aquilo que podemos chamar de um "nós". Quando percebemos a potência da atuação política do Coletivo – que dura por volta de 15 (quinze) minutos – em traduzir a dor, o sofrimento e a violência que mulheres (cis e trans) sofrem, seja com palavras cantadas no hino, ou o simples ato de apontar para o horizonte e demostrar que a culpa não é da vítima e sim do agressor, carrega em si uma potência transformadora de unir em uma assembleia diferentes corpos, que em um mesmo movimento, articulam formas de estarem presentes e serem ouvidos.

A proposta feita pelo coletivo Las Tesis, como também ocorre com outros coletivos, associações, grupos e reunião de pessoas que se propõem coletivamente a manifestarem suas reinvindicações comuns, é também uma forma de demonstrar que as injustiças não são individualizadas, elas ocorrem de forma coletiva, pois se pautam naquilo que une aqueles que reivindicam, ou seja, suas identidades. Nesse sentido, a ideia de assembleias se defronta com o sentido de individuo "dono de si mesmo", independente e responsável por suas próprias mazelas, que a racionalidade neoliberal apresenta e opera. O embate com essa individualização é, em certo sentido, uma forma de analisarmos que, embora existam formas específicas e destinadas a grupos diferentes, as injustiças ocorrem de formas plurais e operam de formas semelhantes, ao ocultarem o sofrimento, impossibilitarem o acesso, invisibilizarem e agredirem grupos vulnerabilizados.

Nesse sentido, a ideia de ligação e aliança pode ser desenvolvida e pensada também nas manifestações e na análise da canção e da coreografia feita pelas mulheres chilenas, além de revelar toda a estrutura violenta do patriarcado, também denunciam a violência policial, que não só as mulheres sofrem, mas também aqueles que tentam ocupar as ruas para as mais diversas manifestações. A violência policial está presente nas manifestações contra o racismo, como vimos no ano de 2020 em *Black Lives Matter* (Vidas Negras Importam ou Vidas Negras Contam) que ocorreram com grande força nos Estados Unidos, e as mais diferentes formas de reivindicação que os corpos vulnerabilizados enfrentam cotidianamente.

O destaque em relação a violência pode ser visto na performance, no momento em que se ajoelham e colocam as mãos atrás da cabeça. Essa coreografia é baseada, como afirma Francisca Echeverría, "no fato de que as mulheres na delegacia são obrigadas a se despir e fazer agachamentos para mostrar que não

estão escondendo nada na vagina"[2], prática comum também, quando mulheres visitam os familiares e amigos em presídios.

Nesse sentido podemos destacar um ponto central no pensamento de Judith Butler: o corpo. Ao falarmos de violência, estamos pensando em como o não reconhecimento desse corpo como igual, humano, semelhante, leva ao que Bultler denomina violência ética, melhor trabalhado em sua obra *Relatar a si mesmo: critica da violência ética*, 2015. A violência ética ocorre quando, nas cenas cotidianas de reconhecimento, ou seja, no encontro entre sujeitos, onde um sujeito é interpelado por um alguém e nesse exercício um diz ao outro, por meio do corpo, quem se é. No entanto, se o que se revela ou se diz não tiver de acordo com o corpo, não há esse reconhecimento. E a violência ética, nesse sentido, ocorre quando um corpo não é reconhecido como "tão humano", é pensado como diferente, violentando esse corpo como uma forma de justificativa ética: a falta de humanidade. Alguns corpos são sempre alvos dessa violência ética, os corpos de mulheres transexuais e travestis, por exemplo. O contraponto dessa violência ética é o que Butler denomina de responsabilidade ética, quando nesse processo de reconhecimento no outro, é entendida e percebida a sua humanidade, o que ocorre com um sujeito é também responsabilidade do outro, há nesse processo a produção de afeto.

Ao pensarmos nesse sentido de violência e corpos, a ocupação das praças e das ruas possuem um significado de resistência, é também uma forma de o sujeito lutar pelo seu reconhecimento, pela sua humanidade e o ato de ocupar esses espaços que não são permitidos é, portanto, lutar pela democracia.

Por isso, uma resposta possível a pergunta "Como a população sem fala pode falar e fazer suas reivindicações?" (BUTLER, 2018, p.75), pode estar representada na atuação política desenvolvida pelo coletivo Las Tesis, que poderia representar um exemplo de possibilidade e ação pública.

[2] Reportagem publicada no site alemão deutschlandfunk kultur. Disponível em< https://www.deutschlandfunkkultur.de/kollektiv-las-tesis-kampf-gegen-vergewaltiger-findet.2165.de.html?dram:article_id=469356> Acesso em 10 jan de 2021, Alemanha, 23:15:00

2. Precariedade e Performatividade

A partir da compreensão de como se dá atuação política do Coletivo Las Tesis, é possível analisar a influência dessas ações na ideia de ruptura com o modelo de assembleia pautado em uma lógica heteronormativa de poder, considerando a ocupação de espaços públicos por corpos vulnerabilizados. A ocupação desses espaços, como nos propõe Butler, também pode ser pensada como uma forma de mobilização política, pois "o próprio caráter público do espaço está sendo questionado, ou até mesmo disputado, quando multidões se reúnem" (BUTLER, 2019, p.91).

O movimento de ocupação e performance no espaço público, que não foi iniciado pelo coletivo Las Tesis, mas que atualmente ganhou destaque e força representativa no combate à violência de gênero, com o hino "Un Violador en tu camino" (Um estuprador no seu caminho), tem em sua divulgação, em especial nas mídias sociais, um sentido de união, ou como Butler denomina, a ideia de aliança, onde os grupos socialmente vulnerabilizados por questões sexuais e de gênero, formam ligações dentro da própria diversidade que as constituem. Essa ideia é sintetizada por Butler, ao explicar que o termo "*queer* não designa identidade, mas aliança" (BUTLER, 2019, p.90), já que *queer* pode ser compreendido como o diferente, aquilo que está fora de algum padrão social.

Em um primeiro momento, é preciso compreender que a tese da política em aliança é sustentada por Buter de duas maneiras: a primeira consiste na compreensão de que as manifestações políticas se expressam por meio de reuniões e assembleias, assim como pela ocupação dos espaços públicos; o segundo ponto se dá na afirmação de que os corpos são o objeto de muitas das manifestações que têm a condição de precariedade como fundamento maior para a ação.

Além disso, em se tratando de ação política, de acordo com Butler, também se torna importante ressignificar o sentido que carrega a palavra "responsabilidade". A racionalidade neoliberal impõe a autonomia como ideal de moralidade, ao mesmo passo em que limita essa possibilidade emancipatória, principalmente no campo econômico, "porque converte toda a população em seres potencial ou efetivamente precários" (BUTLER, 2018, p. 21). Essa compreensão nos possibilita questionar as funções das assembleias públicas na subversão de toda essa lógica neoliberal. Como forma de contrapor tal lógica, que individualiza a responsabilidade, as assembleias reforçam a noção de compartilhamento de injustiças, produzindo uma alternativa ética e social da responsabilização. Nas

palavras da autora, "estas formas de reunião podem ser interpretadas como versões emergentes e provisórias de soberania popular" (BUTLER, 2018, p. 23).

Dessa forma, podemos compreender que em "Corpos em Aliança e a Política das Ruas: uma teoria performativa de assembleia", Butler observa que as assembleias públicas são uma forma de mobilização política, propondo repensar a própria política e a democracia liberal como espaço de construção de ideais comuns, pois não há democracia sem corpos que se expressem com liberdade, principalmente formas de expressão de gênero que subvertem as lógicas essencialistas e binárias.

Butler procura expor a articulação entre a performatividade a e precariedade, essencial para a compreensão do conceito de assembleia proposto pela autora. De acordo com a autora, a precariedade é uma condição social e econômica, e não uma identidade: " transcende todas essas classificações e produz alianças potentes entre os que não se reconhecem como membros de uma mesma categoria" (BUTLER, 2018, p. 63).

A autora usa como exemplo, a situação ocorrida no ano de 2010 em Ankara, capital turca, durante um congresso internacional contra a homofobia e contra o ódio aos transsexuais es transgênero. Butler destaca as alianças estabelecidas entre organizações feministas e LGBTQ+ contra a violência policial que ocorria na Turquia, principalmente contra grupos transsexuais e transgêneros. Ao final do congresso, Butler explica que as ruas ficaram tomadas por manifestações que reuniam conjuntamente, feministas, drag queens, queers, pessoas trans, além de heterossexuais, uma representação evidente do conceito de precariedade.

Ao pensar em ação política das ruas, a proposta de Judith Butler se mostra incompleta se não associarmos a Performatividade à Precariedade, em especial a performatividade de gênero, que é, "sem dúvida a ideia pela qual Butler é mais conhecida". (LLOYD, 2008 p. 36). O conceito é desenvolvido por toda a obra da autora, como Problemas de Gênero (1990), Corpos que Importam (1993), Vida Física do Poder (1997) ou em Excitable Speach (1997). Em Problemas de Gênero, (1990), a filósofa expressa estritamente o conceito de performatividade e a relação com a constituição do corpo e gênero:

> Em outras palavras, atos, gestos e desejo produzem o efeito de um núcleo ou substância interna, mas o produzem na superfície do corpo, por meio do jogo de ausências significantes, que sugerem, mas nunca revelam, o princípio organizador da identidade como causa. Esses atos, gestos e atuações,

> entendidos em termos gerais, são performativos, no sentido de que a essência ou identidade que por outro lado pretendem expressar são fabricações manufaturadas e sustentadas por signos corpóreos e outros meios discursivos. O fato de o corpo gênero ser marcado pelo performativo sugere que ele não tem status ontológico separado. (BUTLER, 2003, p. 194).

A leitura do trecho nos remete a uma síntese dos principais e mais estudados aspectos da perspectiva sobre gênero e política presente em Problemas de Gênero a partir da noção de performatividade: em contraponto a um efeito ahistórico que determina o gênero, o caráter performativo do gênero se dá pela constituição dele em atos, gestos e representações ordinariamente impostas e constituídas (BUTLER, 2006, p. 185). Ou seja, pensar o gênero sob um caráter performativo, significa que o gênero se faz em conformidade com regras e ritos temporais. Butler, ao tratar de performatividade, expões que não se trata de pensar a política a partir de referências que vão além do normal, mas de situar temporalmente, e ainda de modo inerente.

Dessa forma, podemos observar a possibilidade de subversões políticas por meio da performatividade no âmbito do corpo, da linguagem e das reivindicações de direitos. Isso fica evidente em Excitable Speech, em que Butler aborda a importância da falta de controle das "ações corporais na fala" e como "o discurso carrega o traço mnêmico do corpo na força que exercita" (BUTLER, 1997, p. 159). Atribuir uma lógica subversiva a partir da performatividade na política, portanto, se mostra viável na medida em que se ressignifica elementos impostos, que pode desdobrar o poder na sua condição de repetição.

Assim, considerando que a reivindicação de direitos precisa ser ressignificada para fugir de um caráter heteronormativo, observamos que Butler, enfaticamente analisa uma qualidade pela qual a performatividade como repetição emana efeitos politicamente a medida em que o corpo, a linguagem e a reinvindicação de direitos, relacionados entre si, constituem a política da performatividade. É importante destacar o caráter público dessa repetição e não uma forma individualizada, privada, compreendendo que essa repetição estabelece e legitima as relações de poder heteronormativas ao mesmo tempo que possibilita a ressignificação do sujeito e a subversão de toda essas normas estruturantes.

3. Las Tesis e a política de aliança

Compreendendo o caráter performativo que as reivindicações públicas assumem, relacionando tais reinvindicações à condição de precariedade, é possível examinar a manifestação do coletivo Las Tesis enquanto assembleia pública performativa e, para além, de aliança.

Analisando as manifestações nas ruas, Butler nos suscita que os grupos que protestam são "corpos que se reúnem para reivindicar em espaços públicos" (BUTLER, 2018, p. 75). Essa ideia, no entanto, sugere que o espaço público – das ruas às assembleias – é algo dado a qualquer indivíduo, que já existe e se reconhece como tal. Em contraponto, "quando as multidões se reúnem, o que está em jogo, aquilo pelo que se luta, é justamente o caráter público do espaço" (BUTLER, 2018, p. 75). As manifestações de rua representam uma assembleia livre, bem como evidenciam que a praça e a rua não são apenas meio, um suporte para a ação, mas sim, parte de uma ação que representa uma assembleia pública e corporal.

Compreender a importância do espaço público e sua ocupação pelas manifestações, é crucial a leitura que a autora faz das reflexões de Hannah Arendt, principalmente aquelas trazidas em "A condição humana", no qual Arendt, analisando a polis grega e o foro romano, afirma que toda a ação política requer, necessariamente, um espaço para aparecer. Por outro lado, para Butler, não basta apenas ocupar um espaço em manifestação. O que torna as assembleias públicas algo potente em si mesma é, justamente a reunião de pessoas e grupos desconhecidos, mas que se unem por uma razão em comum, causada pela condição de precariedade a que estão submetidos, confirmando as alianças dos corpos. A aliança dos corpos e a solidariedade dos grupos subalternizados, ainda, vai além da ocupação das ruas, se transferindo para as mídias sociais em que notamos o estabelecimento de alianças que se sustentam com imensa rapidez e eficácia.

Nesse ponto, nos deparamos justamente com a relevância que as articulações políticas assumem, para além de uma luta por representatividade e aqui, nos remetemos a atuação pública do coletivo Las Tesis que em suas ações políticas, evidenciam o caráter performativo de gênero, ao trazer questões como vestimentas e comportamentos que o caráter performativo de gênero espera das mulheres, como forma de protesto, reunindo corpos precarizados em uma ação política que "fala" com o corpo e o espaço que ocupa.

CONCLUSÃO

Analisando a formação e atuação política do coletivo Las Tesis, observamos uma forma de fazer política que não se limita a discursar em assembleias e cúpulas, tampouco marchar ou estender faixas com mensagens que emitam a condição de precariedade submetida a mulheres. Para além disso.

Observamos que a forma de atuação política do coletivo parece congregar essa condição de precariedade das mulheres, com o caráter performativo de gênero imposto pela lógica heteronormativa de poder, transferindo essa relação justamente para a articulação política do coletivo.

Partindo desse pressuposto, analisamos a atuação política do Las Tesis com base na teoria política desenvolvida por Judith Butler, afim de justamente compreender de que forma o coletivo busca se colocar nas manifestações políticas de rua e se essa forma de ação demonstra um ideal de assembleia que, de certo modo, subverte toda a lógica heteronormativa de poder presente na ação política tradicional.

Esse desenvolvimento teórico de Butler é fundamental para a estruturação metodológica da presente análise, já que, ao longo do tempo, a autora desenvolveu justamente os conceitos que hoje fundamentam a noção de assembleia pública de caráter performativo. Compreende-se que Butler é uma das autoras que trabalham com o conceito de performatividade de gênero, sendo que a autora demonstra que justamente os gestos atos e representações simbólicas, características de um "ritual social" que vai se repetindo ao longo da história e em diversas sociedades, define o que é gênero, sendo que um nítido exemplo disso são os elementos que congregam a chamada cultura do estupro, por exemplo, principal motivação da ação do Coletivo Las Tesis.

Pensando justamente nessa repetição de rituais, é importante destacar o caráter público dessa repetição e não uma forma individualizada, privada, porque assim fica melhor compreendido que essa repetição estabelece e legitima as relações de poder heteronormativas, ao mesmo tempo que possibilita a ressignificação do sujeito e a subversão de toda essas normas estruturantes.

Mas tudo isso se mostra relevante quando observamos uma conversão dessa teoria no plano empírico – e aqui se destaca a contribuição da teoria política desenvolvida por Judith Butler. A autora consegue desenvolver um modelo de atuação política que reúne as vidas não vivíveis, em uma atuação que permite a esses corpos subverter a atuação política posta até então, liberal, heteronormativa,

pautada em estruturas de poder heteronormativas, e uma atuação que se faz nas ruas, em que o corpo é expressão significativa desse comportamento político. Ao observarmos a atuação política do coletivo Las Tesis nas manifestações ocorridas no Chile, notamos justamente esse comportamento político subversivo e que, talvez, possa ser a demonstração prática da subversão da assembleia e da atuação política propostos por Butler e, consequentemente, pode significar uma ruptura de conceitos e definições que baseiam, por exemplo, a construção de direitos, sexuais, da personalidade, etc., vindo diretamente das ruas e dos corpos.

REFEFÊNCIAS

BODDENBERG, Sophia. *Kampf gegen Vergewaltiger findet weltweites Echo*. Alemanha, Disponível em: < https://deutschlandfunkkultur.de/kollektiv-las-tesis-kampf-gegen-vergewaltiger-findet.2165.de.html?dram:article_id=469356 >, Acesso em 10 jan.2021, 18:59:00.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas:* notas para uma teoria performativa de assembleia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____. *Problemas de gênero*: Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Relatar a si mesmo*: critica da violência ética: Editora Autêntica, Belo Horizonte, 2015.

FACEBOOK LASTESIS, Alemanha, Disponível em: <https://www.facebook.com/colectivo.lastesis/> , Acesso em 10 jan. 2021, 19:14:00.

INSTAGRAM LASTESIS, Alemanha, Disponível em: <https://www.instagram.com/lastesis/>, Acesso em 10 jan.2021, 19:07:00.

FEDERICCI, Silvia. *O Calibã e a bruxa*. Mulheres, corpos e acumulação primitiva: Editora Elefante, 2019

LLOYD, Moya. Sexual politics, performativity, parody. In: (Org) TERREL, Carve.

REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA:
o eterno retorno à divisão sexual do trabalho

Samia Moda Cirino
Faculdades Londrina
Londrina-PR, Brasil
samiamoda@hotmail.com

Maria Emilia Ferreira de Sousa
Universidade Estadual de Londrina
Londrina-PR, Brasil
maria.emilia.sousa@uel.br

Paula Fernanda Ribeiro
Universidade Estadual de Londrina
Londrina-PR, Brasil
paulaf.ribeiro@uel.br

Resumo: O presente estudo analisa a divisão sexual do trabalho sob a égide neoliberal em países de capitalismo periféricos como o Brasil. A pesquisa justifica-se diante da precarização do trabalho em maior incidência na realidade de mulheres, como apontam os indicadores da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Além dos indicadores sociais de gênero, a investigação explora o *leading case* no qual o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil não estendeu a estabilidade para gestantes em contratos de trabalho temporário. Essas análises permitem demonstrar que a reforma trabalhista brasileira escancarou a lógica sexista das ocupações e conferiu novos contornos à divisão sexual do trabalho. Diante desse fenômeno, pautadas em uma perspectiva teórica feminista butleriana, intenta-se demonstrar que a superação da divisão sexual do trabalho requer a desvinculação da análise exclusivamente em aspectos da divisão sexuada das ocupações para compreendê-la como uma norma constitutiva dos sujeitos pelas relações de poder. Nesse intuito, verificou-se que os novos marcos regulatórios do trabalho e a aplicação do Direito pelos Tribunais pátrio com base em aspectos sexuais não possibilitam superar a discriminação de gênero nas relações de trabalho, mas acabam por viabilizar movimentos retrógrados quanto ao trabalho da mulher.

Palavras-chave: Divisão sexual do trabalho; Reforma trabalhista brasileira; Neoliberalismo; Trabalho da mulher; Feminismos.

Abstract: This research analyses the sexual division of labour under the neoliberal domain in peripherical capitalistic countries, such as Brazil. The

research is justified faced by the precariousness of work relations that inflicts largerly women's reality, as indicated by the International Labour Organization (ILO) and the data from Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Adding to the social gender indicators, the investigations explore the leading case in which the brazilian Superior Labour Court didn't provide stability for pregnant women in temporary working contracts. These analysis allow us to demonstrate that the brazilian working laws reform made clear the sexist logic of the occupations and provided new boundaries to the sexual division of labour. Faced with that phenomenon, based on Butler's perspective of theorical feminism, comes the intention to demonstrate that overcoming the sexual division of labour requires to disentail the analyzes exclusively in aspects of sexual division of the occupations to comprehend them as a constitutive norm for subjects in power relations. With that intent, it is able to verify that new regulations of work and aplication of law by national courts based on sexual aspects don't allow surpassing gender based discrimination in work relations, despite resulting in retrograde movements in women's labour.

Key-Words: Sexual Division of labour; Brazilian working laws reform; Neoliberalism; Women's work; Feminisms.

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga os novos contornos da divisão sexual do trabalho, no que tange ao trabalho da mulher no capitalismo sob a égide neoliberal. Essa nova dinâmica mundial marcada pelo neoliberalismo, principalmente nas últimas décadas do século XX, gerou uma série de transformações na política econômica e na forma da organização das relações de trabalho, com efeitos sociais nefastos principalmente em países de capitalismo periférico, a exemplo do Brasil.

A racionalidade do atual modelo de produção e acumulação capitalista desenvolveu-se em meio à reconfiguração do papel do Estado, especialmente no tange às prestações sociais, e a supervalorização do mercado, características intrínsecas das políticas sociais regressivas neoliberais, que acabaram por reforçar a ideia do individualismo, meritocracia e competitividade. No âmbito das relações de trabalho, sob o discurso de gestão econômica e modernização, as práticas neoliberais se empenharam em flexibilizar as leis trabalhistas de modo a aprofundar a precarização do trabalho humano. Sob esse viés neoliberal, os direitos trabalhistas, conquistados nas décadas anteriores, são vistos como custos a ser suprimidos em detrimento do capital.

Os desdobramentos das políticas neoliberais tomam contornos ainda mais significativos quando o recorte é feito sob a perspectiva das relações de gênero. Nesse sentido, a investigação assume relevância fundamental no atual contexto social por demonstrar a lógica da divisão sexual do trabalho e como a permanência das desigualdades de gênero se estabelecem, evidenciando as formas de exploração para além da hierarquização das atividades ocupacionais. Além disso, evidencia como esses fenômenos são produzidos e articulados no circuito da precarização do trabalho da mulher, principalmente quando inserido nos aspectos de raça e classe, uma vez que as mulheres negras e pobres compõem o maior índice de precarização das modalidades de trabalho humano.

Para alcançar esse resultado, o estudo se desenvolveu a partir de instrumentos exploratórios e levantamentos bibliográfico e documentais para alcançar novas possibilidades de emancipação da mulher no trabalho. Diante disso, a investigação estabeleceu uma interdisciplinaridade entre o Direito e demais áreas das ciências sociais, de forma a construir um pensamento crítico em consonância com a realidade social.

Na primeira parte do presente estudo, demonstraram-se os aspectos de retrocesso social da reforma trabalhista brasileira, a partir da análise de dados dos relatórios da OIT e demais órgãos de estatística no Brasil, como IPEA e IBGE, exibindo a continuidade e atualização do que historicamente sempre marcou o mercado de trabalho brasileiro: flexibilização, informalidade e precarização, para citar apenas alguns dos aspectos mais contundentes. Essas análises são sempre alinhadas à perspectiva de gênero, raça e classe.

No que aos efeitos da reforma trabalhista brasileira sobre o trabalho da mulher, toma-se como referência o *leading case* no Incidente de Assunção de Competência TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051, no qual o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) firmou o entendimento de não estender a estabilidade das gestantes aos contratos de trabalho temporário.

Na sequência, percorremos a divisão sexual do trabalho, realizando uma abordagem crítica das interações das categorias de análise para compreender os fenômenos sociais no que tange às relações do trabalho da mulher. Para tanto, as perspectivas teóricas adotadas basearam-se, fundamentalmente, em teorias feministas, tendo como base principal a teoria desenvolvida pela filósofa estadunidense Judith Butler. Adota-se esse referencial teórico, eis que, ao realizar uma análise da divisão sexual do trabalho para além da lógica patriarcal e da distribuição sexuada das ocupações, é capaz de superar essa espécie de violência

de gênero. Nesse sentido, propõe-se a desconstrução do conceito dado e determinado de divisão sexual do trabalho comumente encontrada nas teorias feministas, especialmente na vertente radical e marxista.

1. Políticas neoliberais e a precarização do trabalho humano

Para analisar a divisão sexual do trabalho é preciso, inicialmente, compreender os contornos do pensamento político-econômico que norteia o capitalismo contemporâneo e, consequentemente, as relações de trabalho: o neoliberalismo. Esse programa político tem seu início no pequeno grupo congregado ao entorno do filósofo austríaco Friedrich Von Hayek, em 1947, sob os ideais pautados na liberdade individual e no princípio de livre mercado.

O conceito de neoliberalismo nasce, principalmente, em contraponto aos modelos de Estado sociais democratas e de governos democráticos liberais que ascenderam pós Segunda Guerra Mundial e que entraram em crise trazendo altas na inflação e altas taxas de desemprego. Esses aparatos estatais surgiram devido à necessidade de impedir rivalidades geopolíticas que pudessem redesenhar os contornos catastróficos da guerra (HARVEY, 2013, p.20).

Para tanto, fluíam sobre a ideia do liberalismo embutido que consistia no fato de as atividades mercantis serem restringidas por aspectos sociais e políticos. Ou seja, o desenvolvimento do capitalismo era limitado ao estado de bem-estar social e, o objetivo do projeto neoliberal era "desvencilhar o capital dessas restrições" (HARVEY, 2013, p.20).

A lógica neoliberal se estrutura no âmbito da propriedade privada e do livre comércio. Nesse aspecto, o Estado tem o papel primordial de criar mecanismos para garantir a integridade do dinheiro, sejam eles repressivos ou não e deve se manter afastado de intervenções políticas na economia.

Uma das primeiras experiências da aplicabilidade prática dos pensamentos neoliberais foi financiada pelos Estados Unidos e ocorreu em 1950, no Chile. Como um programa que se destinou a neutralizar influências esquerdistas na América Latina através do treinamento de economistas que, mais tarde, compuseram o governo de Pinochet e sobre a égide das privatizações tiveram uma imediata, porém curta, recuperação econômica (HARVEY, 2013, p.18).

Esse experimento forneceu dados para que os Estados Unidos e Grã-Bretanha pudessem reorganizar os fundamentos do capitalismo e, a partir de meados de 1979 adotassem o neoliberalismo. Nesse sentido, "não pela primeira vez, uma experiência brutal realizada na periferia transformou-se em modelo de formulação de políticas no centro" (HARVEY, 2013, p.18).

A supervalorização das liberdades individuais e do livre mercado encontra estreita relação com a precarização do trabalho humano e a repressão das classes trabalhadoras. Esse pensamento precisou se tornar dominante nas massas e, não por acaso, conectou-se com valores culturais e tradicionais – como Deus e o temor ao comunismo – para estrategicamente integrar o senso comum. O neoliberalismo foi idealizado pelos indivíduos como única saída para as crises e para as experiências coletivas até então fracassadas – como o fascismo e até mesmo o comunismo. Portanto, a base para a ascensão desse programa político é a construção do senso comum:

> O senso comum é construído com base em práticas de longa data de socialização cultural que costumam fincar profundas raízes em tradições nacionais ou regionais. Não é o mesmo que bom senso, que pode ser construído a partir do engajamento crítico com as questões do momento. Assim sendo, o senso comum pode ser profundamente enganoso, escamoteando ou obscurecendo problemas reais sob preconceitos culturais (GRAMSCI, 1971, p. 321-343).

Sob a égide da dignidade humana e da liberdade como expressão de direitos individuais é que o pensamento neoliberal mascarou o seu programa – reconstruir o poder das elites econômicas, estabelecer ambiente propício à acumulação de capital e livre comércio. Para isso, instrumentalizou instituições, como universidades, igrejas e escolas para que o pensamento adentrasse ao consentimento popular.

Na América Latina, diferentemente da manipulação social necessária para que o neoliberalismo encontrasse campo fértil para se consolidar em países como, por exemplo, os Estados Unidos, esse modelo de Estado foi imposto de forma arbitrária por uma elite que visava manter o seu poder econômico e de classe.

A racionalidade do neoliberalismo está na ideia de maximização da eficiência e da produtividade e, por isso, "o Estado neoliberal deve buscar persistentemente reorganizações internas e novos arranjos institucionais que melhorem sua posição competitiva como entidade diante de outros Estados no mercado global" (HARVEY, 2013, p.18). É dentro dessa lógica que as relações

de trabalho são vistas como mercadoria e, o bem-estar das pessoas atrelado a ideia do individual.

Assim, a ideia neoliberal sob o preceito da meritocracia transferiu todos os compromissos com as garantias sociais que deveriam ser promovidas e asseguradas pelo Estado para a gestão dos indivíduos. Ou seja, são as pessoas integralmente responsáveis por gerir e criar ações responsáveis para a promoção da sua qualidade de vida seja no âmbito educacional, de saúde e, também, nas relações de trabalho:

> O sucesso e o fracasso individuais são interpretados em termos de virtudes empreendedoras ou de falhas pessoais (como não investir o suficiente em seu próprio capital humano por meio da educação), em vez de atribuídos a alguma propriedade sistêmica (como as exclusões de classe que se costumam atribuir ao capitalismo) (HARVEY, 2013, p.76).

As consequências desse modelo para as relações trabalhistas se demonstram brutais: baixos níveis salariais, perdas de benefícios e conjunto de ações que visam à proteção do trabalho e do trabalhador, altos índices de desemprego, desmantelamento de movimentos sindicais, etc. O discurso da gestão econômica, da modernização e da responsabilização individual na figura das pessoas de condutas propulsoras da sua qualidade de vida tem efeitos duplamente catastróficos.

Áreas como saúde, ensino público e assistência social têm seus recursos drasticamente reduzidos e, com isso, as taxas de empobrecimento populacional são sempre crescentes. A seguridade social é reduzida ao mínimo indispensável e "se atribuem os fracassos pessoais a falhas individuais, e com demasiada frequência a vítima é quem leva a culpa (HARVEY, 2013, p.86).

O mercado neoliberal é hostil a qualquer forma de solidariedade social e, portanto, observa-se em Estados que seguiram a tendência desse pensamento político um altíssimo grau da exploração do trabalho. Assim, "a formação ou a restauração do poder de classe ocorrem, como sempre, à custa dos trabalhadores" (HARVEY, 2013, p.86).

A consolidação em caráter mundial do neoliberalismo variou de acordo com os contextos sócio-históricos dos mais diversos países, sejam estes centrais ou de capitalismo periférico. Mas, apesar das especificidades geopolíticas de cada Estado as políticas sociais regressivas, intrínsecas ao modelo neoliberal, são regras e estiveram presentes desde os primeiros contornos desse pensamento.

Nessa visão, direitos trabalhistas são meros custos disponíveis as flutuações do livre mercado e, por isso, devem ser suprimidos em detrimento do capital. Assim, quaisquer retrocessos sociais são justificados em nome da manutenção do Estado e da economia; abrangentemente discursos como da precarização necessária são incorporados para justificar massacres em legislações trabalhistas:

> Os vícios surgem em particular do tratamento do trabalho e do ambiente como meras mercadorias. Em caso de conflito, o estado neoliberal típico tende a ficar do lado do clima de negócios favorável em detrimento seja dos direitos (e da qualidade de vida) coletivos do trabalho, seja da capacidade de auto-regeneração do ambiente. O segundo campo de vícios vem do fato de que, em caso de conflito, os estados neoliberais tipicamente favorecem a integridade do sistema financeiro e a solvência das instituições financeiras e não o bem-estar da população ou a qualidade ambiental (HARVEY, 2013, p.80).

Portanto, o caráter precário destinado às relações empregatícias pela ideologia neoliberal se concretiza em legislações que permitem a terceirização, flexibilização de jornadas, salários, férias e outros. Observa-se, também, a proliferação de trabalhos temporários e a ideia de que empregador e empregado podem negociar, livremente, as condições de trabalho; como se ambos estivessem em condição de igualdade.

Assim, essas medidas demonstram a precarização do trabalho humano, a violação de direitos fundamentais e uma onda crescente de retrocesso sociais frutos do modelo capitalista neoliberal. O aumento da desigualdade social, os altos índices de pobreza são o resultado de um modelo que supervaloriza o mercado e o capital em detrimento de condições básicas de vida aos indivíduos. O neoliberalismo na lógica do direito do trabalho é vetor para a desumanização.

Quando as relações de trabalho são analisadas por uma perspectiva de gênero nota-se que essas políticas regressivas incidem de forma mais contunde na realidade das mulheres. Os relatórios e dados da realidade ocupacional de mulheres ao redor do mundo denunciam que estas ocupam, essencialmente, todas as modalidades de trabalho precarizado.

Informam ainda que no contingente geral elas trabalham o maior número de horas, recebem as menores remunerações e, acumulam atividades domésticas. Essa realidade evidencia ainda mais a precariedade da condição da mulher no trabalho quando acrescentamos na análise de gênero indicadores sociais de raça e classe.

2. A Reforma Trabalhista Brasileira e seus impactos no trabalho da mulher

O Brasil vive, atualmente, um contexto de oficialização da desregulamentação do Direito do Trabalho, motivado, essencialmente, por uma ação política, econômica e cultural. Trata-se de práticas de cunho conservador legitimadas pelas políticas regressivas neoliberais e do atual governo, que representam o caminho mais curto para a manutenção da hegemonia do sistema capitalista. Como visto anteriormente, essa lógica demarcou profundas mudanças e um novo modo de produção e acumulação centrado nas novas tecnologias, no trabalho flexível e no alto índice de desemprego, reforçando o papel do indivíduo em detrimento do sujeito coletivo.

Intensificada após a aprovação da reforma trabalhista (Lei 13.467/2017)[1], que entrou em vigência em 11 de novembro de 2017, essa ideologia naturalizou as mais precárias relações de trabalho, de modo a sedimentar cada vez mais um paradigma que enfraquece a luta pelos direitos dos trabalhadores. A nova alteração normativa, considerada como o início de um processo de inovação, ocorreria na medida em que se rompesse com a rigidez da legislação anterior, vista como engessada e ultrapassada, permitindo a facilidade das contratações e modernizando o mercado de trabalho brasileiro.

Inicialmente, chamada de minirreforma trabalhista, que propunha uma alteração de aproximadamente nove artigos, ela acabou se transformando na maior mudança nas leis trabalhistas desde a criação da CLT (Consolidação das Leis do trabalho) em 1943, sendo aprovada com a modificação de mais de 200 dispositivos em menos de sete meses de discussão no Congresso Nacional. Sob o discurso de inúmeras vantagens para o trabalhador e com a promessa de que o país iniciaria uma fase favorável ao emprego, com garantias de milhões de postos de trabalho e de uma onda de formalização, a contrarreforma culminou, todavia, na validação de novas formas de organização do trabalho precarizado.

Entre as mudanças mais relevantes, destaca-se a possibilidade de negociação de direitos assegurados por lei, o aumento da jornada de trabalho, a redução de salários, crescimento do emprego informal, bem como a regularização da terceirização das atividades fins e da flexibilização dos contratos

[1] Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em 26 de jan. 2021.

de trabalho, corroborando para a ampliação de novos elementos à exploração do trabalhador.

Com a consolidação do neoliberalismo e as investidas econômicas frente aos direitos trabalhistas, sob a justificativa destes serem responsáveis pelas crises financeiras, a mudança da CLT se transformou em um objetivo estratégico. Observa-se que as alterações legislativas configuram graves retrocessos sociais pautados na ideia de maximização da eficiência econômica (CIRINO, 2019, p.5). Esses ataques atingem todas as conquistas referentes à proteção social do trabalho garantidas na Constituição Federal, assim como um ataque direto às trabalhadoras e trabalhadores abrindo precedentes para a manifestação das mais variadas facetas da precarização, consoante ressaltam Patricia Bertolin e Nereida Silveira (2019, p. 356):

> [...] o trabalho precário, longe de assumir um único formato, pode ser caracterizado pela falta de continuidade, pelo desrespeito à legislação trabalhista e, possivelmente por acarretar maiores riscos, incorrendo em maior incidência de acidentes e doenças profissionais. Alguns aspectos que podem evidenciar a precariedade são os baixos salários, o baixo grau de proteção pelo Estado, a fraca representatividade sindical e o excessivo controle exercido sobre o trabalhador no processo produtivo.

A reforma, no entanto, não é considerada a única mudança decorrente da globalização com seu impacto direto às relações trabalhistas:

> [...] a reforma trabalhista não é um fato isolado na história brasileira contemporânea. Não é o algoz, senão mais um testemunho dessa transformação do Estado de bem-estar social que assume a lógica do mercado. Dessa forma, é possível compreender – embora não concordar ou aceitar – que venha a reforma conviver com uma Constituição cidadã. É que o texto constitucional vem sendo, por sucessivos processos hermenêuticos destruidores perpetrados inclusive e sobretudo pela pena do Supremo Tribunal Federal, sendo reescrita com a tinta da racionalidade econômica da eficiência (COUTINHO, 2018, p. 50).

Se com o avanço das políticas regressivas neoliberais houve um extremo aumento da precariedade do emprego em nível mundial, esse fato torna-se ainda mais expressivo quando verificado em países de capitalismo periférico. É o que mostra o relatório do Panorama Laboral da América Latina de 2019[2], o qual indica que o aumento do desemprego mundial foi mais expressivo nessa região, especificamente em nove, dos 14 países.

---

[2]Disponível em <https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_732198/lang--es/index.htm> Acesso em 26 jan. de 2021.

No Brasil, após a reforma, os resultados prometidos não foram alcançados, deixando de cumprir com sua principal promessa: gerar milhões de empregos. Com um pouco mais de três anos das alterações trabalhistas o desemprego e a informalidade aumentaram, o que demonstra que a alteração na CLT não freou em nada o desemprego. De acordo com os últimos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Mensal (PNAD Contínua), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2020[3], o desemprego no país atingiu o recorde de 14,6%, o equivalente a 1,1 milhão em 3 meses, com 13,8 milhões de desempregados. Isto é, em 1 ano, o Brasil perdeu cerca de 12 milhões de postos de trabalho e viu a população ocupada encolher para o menor contingente já registrado pela pesquisa, iniciada em 2012. Antes da reforma o país contava com aproximadamente 12,7 milhões de desempregados.

No que tange a outras formas de trabalho, o quem tem sustentado a ocupação é a informalidade. O aumento da modalidade abrange tanto os trabalhadores nos setores privados ou trabalhadores domésticos sem registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, quanto os trabalhadores autônomos que não possuem Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ. Segundo estudo do IBGE, em 2019 esse índice bateu recorde chegando a 41,4% da população ocupada no país, cerca de 38,4 milhões de pessoas. Em 2016, essa proporção era de 39,1%[4]. Do acréscimo de 1,8 milhões no número de ocupações em 2018, 1 milhão (55% do total) foi de ocupações informais, o que evidencia que a reforma impactou negativamente nas relações de emprego gerando vulnerabilidade social e não contemplando aos trabalhadores os direitos básicos previstos na CLT.

Essa precarização tão contundente com a implementação das práticas neoliberais é ainda mais significativa no que diz respeito ao trabalho da mulher. Verifica-se que a superexploração da classe trabalhadora é acentuada exclusivamente sobre elas. No relatório da Organização Internacional do

[3] Disponível em < https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29519-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-10-das-27-ufs-no-3-trimestre-de-2020> Acesso em 10 fev. de 2021.

[4] Disponível em <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/25534-desemprego-cai-para-11-8-com-informalidade-atingindo-maior-nivel-da-serie-historica.html> Acesso em 10 fev. de 2021.

Trabalho (OIT)[5]divulgado em 2019, a pesquisa mostra que, embora o aumento contínuo da participação feminina na América Latina tenha atingido 50,9%, essa taxa ainda se encontra 20 pontos percentuais abaixo da dos homens, que atingiu 74,3%. Além do mais, os dados demonstram que o aumento do desemprego regional afetou desproporcionalmente essa parcela da sociedade, sendo 0,2 pontos percentuais na média regional, passando para 10,2%, enquanto que o dos homens permaneceu inalterado em 7,3%.

A OIT firmou expressamente em 1951, por meio da Convenção de nº100, que o princípio da igualdade salarial fosse aplicado a homens e mulheres que desempenhassem a mesma função laborativa. Os países da América Latina ratificaram essa convenção, no entanto, poucos internalizaram o pacto de imediato, a exemplo do Brasil, que só com a promulgação da Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, além de garantir a proteção especial da mulher no mercado de trabalho mediante incentivos específicos. Esses preceitos foram inclusos na normativa jurídica em conjunto a outros para estabelecer condições de dignidade humana aos trabalhadores brasileiros, em especial às mulheres.

Todavia, uma análise realizada em 2020 pela organização, 32 anos depois da garantia prevista na Constituição, revela a ausência de progresso na igualdade de gênero no mercado. O estudo demonstra que a média salarial entre os sexos foi de 14% dos 115 países analisados, sendo que nas profissões de predominância masculina a média foi ainda maior, como é o caso do trabalho administrativo, no qual somente 27% é ocupado por mulheres, demonstrando quase nenhum avanço nos últimos 20 anos[6].

A incidência de empregos informais na América Latina é alta. O trabalho autônomo atinge dois a cada cinco trabalhadores. Conforme relatório da OIT publicado em 2019, os cargos de menor poder de deliberação e de tempo parcial são ocupados por mulheres. Ainda, segundo o mesmo relatório, a cada hora trabalhada as mulheres tem renda 17% menor que a dos homens em mesmas condições de escolaridade e tipo de trabalho[7]. Entre os anos de 2012 a 2017, a

[5] Disponível em < https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_735505/lang--pt/index.htm> Acesso em 10 fev. 2021.

[6] Disponível em < https://news.un.org/pt/story/2020/01/1700382> Acesso em 26 jan. de 2021.

[7] Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_715183.pdf> Acesso em 26 jan. de 2021.

taxa teve uma redução de 2 a 3 pontos percentuais. Nota-se, nesse sentido, que essa parcela da sociedade é o principal alvo da flexibilização de garantias no setor informal, tendo sua origem na constante supressão de direitos ocasionado pelas políticas neoliberais.

No que diz respeito a média salarial entre os sexos no Brasil, entre as pessoas empregadas de 25 a 49 anos, as profissionais mulheres têm maior percentual de graduação que os homens, mas ao mesmo tempo o rendimento e carga horária médios são muito menores. Em 2018, o salário médio entre todos os postos de trabalho analisados foi de R$ 2.579 para os homens e R$ 2.050 para as mulheres, isto é, elas recebem 79,5% do salário deles[8].

Historicamente o capitalismo se organizou fixando e direcionando o trabalho de cuidados e de reprodução social a atividades exclusivamente femininas. Mesmo diante do histórico de frequentes e intensas lutas das mulheres para alcançarem o trabalho produtivo, ainda se verifica que os cargos de menor poder de deliberação e com menores salários são ocupados por elas.

Conforme se observou, o trabalho precarizado se manifesta por diferentes facetas. Nos países do sul a precariedade das relações trabalhistas assume uma característica interessante: se manifesta habitualmente como informal enquanto que nos países do norte como trabalho por tempo parcial (HIRATA, 2009, p. 31). À medida que os dados acima foram elucidados, admita-se constatar que o processo de precarização é mais acentuado sobre o trabalho feminino. Por consequência, quando destacados principalmente os aspectos de raça e classe, tem-se como categoria principal da precariedade laboral as mulheres negras e periféricas.

Antes da reforma trabalhista essa parcela da sociedade já compunha um lugar hostil dentre todas as modalidades de trabalho, e após a alteração, viu-se a desigualdade do mercado aumentar. No estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA[9], com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), entre o primeiro trimestre de 2012 e o segundo trimestre de 2018, as mulheres negras se

[8] Disponível em < https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23923-em-2018-mulher-recebia-79-5-do-rendimento-do-homem> Acesso em 12 jan. de 2021.

[9] Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/181031_bmt_65.pdf> Acesso em 17 jan. de 2021.

encontravam concentradas nos piores postos de trabalho, recebendo os menores rendimentos e, consequentemente, ausentes de proteção social.

Ainda, a pesquisa revela que a vulnerabilidade das mulheres negras ao desemprego é 50% maior. Isto é, a cada 1 ponto percentual a mais na taxa de desemprego, as mulheres negras sofrem, em média, um aumento de 1,5 ponto percentual. Para as mulheres brancas, o reflexo é de 1,3. Ou seja, a taxa de desemprego das mulheres negras é significativamente mais sensível às oscilações do mercado de trabalho que a dos demais grupos.

Assim, com a consolidação do neoliberalismo e junto com ele os efeitos da maximização da eficiência econômica, a ideia de flexibilização da força de trabalho associada à intensificação da precarização do trabalho da mulher, além de ser encontrada nas políticas legislativas, como a Reforma Trabalhista, também pode se verificar nas decisões dos Tribunais Superiores do país, revelando outro aspecto da divisão sexual do trabalho, consoante será abordado na próxima seção.

3. Retorno ao ponto zero: a divisão sexual do trabalho

Diante da análise dos dados estatísticos sobre os impactos da reforma trabalhista, especificamente no que tange ao trabalho da mulher, é possível constatar que essas alterações legislativas, orientadas pela lógica neoliberal, em vez de permitir a superação da divisão sexual do trabalho, pauta tão arduamente combatida pelos feminismos, na realidade, confirmam e dão contornos ainda mais drásticos para essa divisão. Os dados levantados evidenciam que, em um cenário de extrema precarização do trabalho humano, parece não haver mais a preocupação em atender às pautas feministas de igualdade salarial, inserção e manutenção das mulheres no mercado de trabalho formal, ascensão em postos de liderança dentro das organizações, justa distribuição das tarefas domésticas e a necessidade de considerar as atividades de cuidados e reprodutivas como atividades produtivas no sistema capitalista.

Na realidade, essas pautas feministas, especialmente da segunda onda dos feminismos, nunca foram efetivamente atendidas e superadas. Contudo, por algum tempo, a lógica das relações de poder viu-se pressionada pelos movimentos feministas para contornar alguns desses aspectos, seja por meio de regulamentações ou políticas públicas afirmativas. É o que se verifica, por exemplo, no art. 7º, XX, da Constituição Federal Brasileira de 1988, ao

estabelecer, expressamente "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" e o art. 10º, II, 'b', do Ato das Disposições Constitucionais transitórias, ao vedar a dispensa discriminatória da gestante e assegurar sua estabilidade provisória no emprego.

Todavia, essa pressão dos movimentos feministas, diante de um cenário de retrocesso social e precarização intensa do trabalho humano, parece ter perdido força, de modo que o capitalismo sob a égide neoliberal escancara uma de suas bases mais sólidas: a divisão sexual do trabalho. Se outrora, houve preocupação do capitalismo em legitimar-se, mascarando essa lógica androcêntrica, ora, ele se mostra sem pudores: exploratório e sexista. Como adverte Silvia Federeci (2019, fl. 68) o que o capitalismo "reintegrou na esfera do comportamento social aceitável para as mulheres foi uma forma de sexualidade dócil, domesticada, instrumental para a reprodução da força de trabalho e pacificação da mão de obra".

Nessa tendência, o retorno à divisão sexual do trabalho, nua e crua, não se limita à cessação de políticas públicas afirmativas em favor das mulheres, ou às alterações na legislação trabalhista que impactam diretamente o trabalho delas, mas se estende aos Tribunais Superiores do país imbuídos constitucionalmente de garantir a igualdade entre homens e mulheres e da proteção ao trabalho humano. Conforme expõe Aldacy Rachid Coutinho (2018, p. 42):

> O Supremo Tribunal Federal, desde muito, introduziu a eficiência como argumento e razão de decidir (*obter dictum e ratio decidendi*) em seus julgamentos, apontando inclusive para uma específica concepção de Estado e, igualmente, do interesse público e da atuação para prestação de serviços, muito mais próximas de uma racionalidade econômica. Desta forma, a reforma trabalhista e a Administração Pública situam-se nos marcos de mudanças mais amplas e já desde muito implementadas no campo do direito.

O exemplo mais recente dessa transformação para o paradigma da eficiência, especificamente no que tange ao trabalho da mulher, é o *leading case* no Incidente de Assunção de Competência TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051. Trata-se de uma decisão, recente (30 de novembro de 2020) que não estendeu estabilidade às gestantes que tenham vínculo na modalidade de contratos temporários. Assim, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho firmou a seguinte tese:

> [...] é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei 6.019/1974, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Para compreender a singularidade dessa decisão, necessário se faz relembrar os termos do regime de contrato temporário. Para tanto, a Lei 6.019/1974[10] dispõe assim sobre a modalidade contratual:

> Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Na decisão do TST utilizou-se o argumento de que o contrato de trabalho temporário não seria compatível com a concessão da estabilidade das gestantes por não existir uma expectativa de continuidade da relação ou até mesmo prestação de serviços com pessoalidade. Acrescenta que a Constituição Federal de 1988 não equiparou o trabalhador temporário a empregado.

Verifica-se uma mudança paradigmática de racionalidade do Tribunal Superior do Trabalho que, anteriormente à reforma trabalhista, havia firmado o entendimento no sentido de que a estabilidade da gestante prevista na Constituição Federal abrangia as trabalhadoras de contratos a termo, conforme redação da Súmula 244, III, do referido Tribunal:

> ***Súmula nº 244 do TST***
>
> **GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA**
>
> (**redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**
>
> III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Embora se possa afirmar que no ordenamento jurídico pátrio existe diferença entre o trabalho por prazo determinado, previsto no art. 433 da CLT, e

[10] Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm> Acesso em 17 de jan. 2021.

o trabalho temporário, regido pela Lei 6.019/10974, ambos são modalidades de contrato a termo. E nesse sentido é que, outrora, o Tribunal Superior do Trabalho havia firmado o entendimento de que a estabilidade da gestante abrigava ambos os casos.

Em regras gerais, a estabilidade provisória da gestante encontra respaldo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT[11], mais precisamente no art. 10, inciso II, alínea b, segundo o qual fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Além disso, sob o aspecto internacional, a referida proteção encontra respaldo na Convenção nº. 103/1952[12] da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Inclusive, a proteção à maternidade no Brasil teve grande influência da legislação estrangeira sobre o tema, em especial as normas decorrentes da Organização Internacional do Trabalho.

Para tanto, ao fixar a norma que garante a estabilidade às mulheres grávidas, o legislador não acrescentou outro requisito a não ser a própria condição de gestante e, sequer, fez diferenciação em quais tipos de contratos essa previsão se aplicaria. Outro aspecto apresentado pela tese foi o argumento de que essa extensão da proteção ao trabalho da mulher poderia ser responsável pela discriminação dessas no mercado de trabalho:

> A materialização do direito, que a princípio visava eliminar a discriminação das mulheres, produziu efeitos contrários, na medida em que a proteção da gestação e da maternidade apenas agravara o risco do desemprego das mulheres, uma vez que as normas de proteção do trabalho reforçaram a segregação do mercado de trabalho (...)" (HABERMAS, Jürgen, 2003 p. 163).

Logo, quando um Tribunal Superior se utiliza de um discurso de suposta igualdade de gênero meramente formal, nota-se um evidente cenário de precarização e retrocesso social. Isto porque essa perspectiva de culpabilizar as mulheres gestantes por suas posições frente às dificuldades no mercado de trabalho é a materialização do avanço do discurso e absorção, na prática, das políticas regressivas neoliberais no que tange à meritocracia.

---

[11] Disponível em < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em 18 jan. de 2021.

[12] Disponível em < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm> Acesso em 20 fev. 2021.

É dentro dessa perspectiva de sexualização das relações de trabalho que acaba por atribuir os papéis das mulheres a atividades reprodutivas e de cuidados observada na divisão sexual do trabalho. Consoante ao que definem Helena Hirata e Danièle Kergoat (2007, p. 559):

> A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos; mais do que isso, é um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos. Essa forma é modulada histórica e socialmente. Tem como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.).

Para as autoras, aos nos referimos à divisão sexual do trabalho devemos compreendê-la para além da mera divisão sexual de tarefas, mas como uma relação assimétrica e hierárquica, a fim de demonstrar as desigualdades entre os sexos como estratégias utilizadas pela sociedade para hierarquizar as atividades criando uma espécie de ordem de gênero. Nesse sentido, a ideia de divisão sexual do trabalho está atrelada, segundo elas, necessariamente por duas premissas: a de produção e reprodução; e da hierarquia, afetando tanto a relação laboral quanto social.

A mudança dessa estrutura sexista das ocupações requer compreender, primeiramente, que existe uma lógica por traz da estrutura ocupacional, orientada pela divisão sexual do trabalho por meio de uma articulação complexa a partir do sexo e do gênero, como constructos naturais. Isso quer dizer que a divisão sexuada das atividades é construída a partir de uma interpretação da diferença sexual para que as atividades femininas sejam entendidas como derivações biológicas e não como formulações socioculturais, historicamente forjadas. Trata-se de uma construção performativa da capacidade física e intelectual e dos papéis de homens e mulheres na nossa sociedade.

Diante disso, a divisão sexual do trabalho não se trata apenas de uma hierarquização das ocupações e divisão das atividades produtivas (remuneradas) e reprodutivas (não remuneradas), mas envolve um complexo sistema de sexo-gênero e um sistema de relações produtivas que operam simultaneamente para reproduzir as estruturas socioeconômicas. Em outras palavras, a divisão sexual do trabalho trata-se de uma norma dentro do processo de construção dos sujeitos, em uma perspectiva foucaultiana de biopoder (FOUCAULT, 2015, p.

150), marcando o que a pessoa será dentro da esfera privada e da esfera pública de acordo com o sexo e gênero.

Disso decorre que a divisão sexual do trabalho, igualmente, não é a causa, mas uma das normas, no sentido butleriano (BUTLER, 2006, p. 69), que regula as relações de gênero e atua na construção dos sujeitos de acordo com a lógica imperante. Assim, em contraponto à teoria do patriarcado, entende-se que a opressão e exploração exercida pelos homens sobre as mulheres está atrelada às relações de poder, no seu efeito constitutivo dos sujeitos. Nesses termos, considera-se que o patriarcado não se mostra como causa da discriminação de gênero, mas como uma consequência da construção do sujeito de acordo com lógicas pré-existentes, descritas nos estudos de Judith Butler (2015, p. 244) como o imperativo falocêntrico (a partir do simbólico que o falo representa, coloca-se como sujeito o homem) e heterossexual (coerência binária entre sexo, gênero e sexualidade).

Portanto, sem considerar a real forma de construção do sexo e do gênero na nossa sociedade, ou seja, da lógica que orienta sua constituição e que incide sobre os sujeitos por meio de vetores do poder, como o patriarcado, e de normas performativas, como a divisão sexual do trabalho, dificilmente conseguiremos eliminar a discriminação nas relações de gênero. Sem essa crítica transformadora, não há superação da opressão e exploração das mulheres na nossa sociedade.

CONCLUSÃO

Ao se desvelar a racionalidade das políticas neoliberais, especificamente no que se refere à violação de direitos sociais fundamentais, atrelado à onda crescente de retrocesso social, pode-se afirmar que suas práticas incidem demasiadamente nas relações de trabalho humano, principalmente em países de capitalismo periféricos como o Brasil. O caráter social precário dessas políticas, que lhe é inerente, permite entender que quando essas relações são observadas a partir da perspectiva de gênero, observa-se que as mulheres integram sobremaneira todas as modalidades de trabalho precarizado.

Ainda, considerando esse diagnóstico, compreende-se que a lógica neoliberal no capitalismo da contemporaneidade, além de ser consolidada por meio das legislações infraconstitucionais, tem, de igual modo, sua pauta inserida e aplicada nas interpretações dos Tribunais, a exemplo da decisão recente do

TST, em 2020, que não estendeu às gestantes estabilidade nos contratos de trabalho temporário. É como se o Tribunal Superior em questão olvidasse que a Constituição Federal brasileira não distinguiu a espécie de trabalho para assegurar estabilidade provisória no emprego às gestantes, o que evidencia a sobreposição da racionalidade neoliberal de maximização da eficiência econômica em detrimento de um paradigma jurídico de justiça.

Todos os indicadores sociais de gênero levantados no presente trabalho, aliados à análise de decisões judiciais, como a apontada decisão do TST, demonstram o infeliz retorno ao estado zero das lutas em torno do trabalho da mulher, isto é, a divisão sexual do trabalho. Obviamente, essa pauta tão combatida, especialmente pela segunda onda dos feminismos, nunca foi efetivamente superada. Todavia, a pressão exercida outrora pelos movimentos feministas permitiu certas conquistas das mulheres nas relações de trabalho, seja por meio de previsões normativas específicas sobre o trabalho delas, seja por meio de políticas públicas de discriminação positiva. Ocorre que, após o implemento e consolidação das políticas neoliberais no Brasil, principalmente nos idos de 1990, culminando com a reforma trabalhista em 2017, parece não haver mais preocupação em mascarar a discriminação do trabalho da mulher, mas, ao contrário, intensifica-se a feminização das ocupações e a precarização do trabalho de acordo com o gênero. Esse fenômeno tem permitido a retirada de políticas públicas afirmativas em favor das mulheres e, ainda, possibilita uma mudança paradigmática da racionalidade dos Tribunais Superiores na aplicação do Direito no que tange ao trabalho da mulher.

Diante desse cenário, considera-se que a superação da divisão sexual do trabalho requer a compreensão dessa categoria para além da divisão de atividades produtivas e não produtivas. Em outras palavras, deve ser entendida como uma norma inserta no complexo processo de própria criação performativa do sexo e do gênero.

Ainda, essa compreensão da divisão sexual do trabalho requer a desvinculação do conceito da ideia de patriarcado, eis que presa a aspectos biologizantes de sexo e gênero. Enquanto não for superada a ideia de que os sujeitos não são constituídos exclusivamente a partir de dados biológicos, ou de uma mera interpretação cultural desses mesmos dados, o discurso de desvalorização social do trabalho da mulher e de atribuição exclusiva das atividades domésticas às mulheres persistirá intacto. Eis a ressignificação necessária quanto à divisão sexual do trabalho: uma norma performativa,

segundo a lógica das relações de poder, que incide na constituição dos sujeitos e marca suas posições e papéis sociais.

REFEFÊNCIAS

BERTOLIN, P. T. M.; SILVEIRA, N. S. P. DA. Precarização: palavra feminina. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], v. 20, n. 2, p. 355-376, 12 dez. 2019. Disponível em <Precarização: palavra feminina | Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL] (unoesc.edu.br)> Acesso em 15 fev. de 2021.

BUTLER, Judith. Deshacer el genero. Barcelona: Paidós, 2006.

_____. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CIRINO, Samia Moda. A Reforma Trabalhista Brasileira na perspectiva das relações de gênero: reificação ou superação da divisão sexual do trabalho? *In Reforma Trabalhista: um necessário olhar feminino*. LORA, Ilse Marcelina Bernardi; SLOMP, Angélica Cândido Nogara; GARCIA, Alessandra Souza. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 421-437

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas? In Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 21. N. 21. 2018. P. 31-52.

FEDERICI, Silvia. Mulheres e caça às bruxas: da Idade Média aos dias atuais. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

FOUCAULT, Michel (1926-1984). História da sexualidade 1: A vontade de saber. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

GRAMSCI. Selections from the Prison Notebooks. London, Lawrence e Wishart, 1971.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I. 2ª ed. Trad. de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. O Neoliberalismo: histórias e implicações, 4ª ed. São Paulo: Loyola, 2013.

HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual. In Sociologias, Porto Alegre. Ano 11. N. 21, jan/jun, 2009, p. 24-42. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222009000100003>. Acesso em 18 jan. 2021.

AOS PÉS DA MULHER ARANHA: relendo as notas de rodapé do romance de Manuel Puig

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: O romance do argentino Manuel Puig, *O beijo da mulher aranha* (1976), apresenta nove longas notas de rodapé, explicitando a questão homossexual sobre diversas perspectivas, com amparo acadêmico. Trata-se não apenas de informar o leitor sobre um tema tabu à época do lançamento do romance como, também, de estruturar um modelo experimentalista, que irá refletir nas demais modelagens narrativas do enredo pautadas num diálogo socrático entre dois aprisionados - um homossexual, acusado de perverter menores, e um marxista, perseguido pela ditadura – e ressemantizado pelas constantes descrições de filmes de terror, aventura e romance, onde avulta a figura de um padrão estereotipado de mulher-fatal. O presente texto, portanto, através de uma análise literária estrita do romance, em conjunto com breve revisão de literatura, irá, em um primeiro momento, a partir de crítica de Silviano Santiago (2008) apurar o que este qualifica como Teoria dos escombros e depurar o debate subjacente à questão sobre a sexualidade a partir de elementos derivados da fortuna crítica de Puig, para, em seguida, abordar as primeiras cinco notas de rodapé, elaborando-as enquanto uma revisão política estrutural e, num terceiro momento, analisando as quatro notas de rodapé finais, destacar a ironia anárquica do conjunto, demonstrando que este já apontava para uma ampliação de campos conceituais sobre sexualidade e gênero, que confluem com o enfrentamento a modelos ortodoxos em face de uma democracia radicalizada.

Palavras-Chave: *O beijo da mulher-aranha*; Manuel Puig; Sexualidade; Homocultura; Gênero.

Abstract: he novel by argentine Manuel Puig, The Kiss of the Spider Woman (1976), features nine long footnotes, explaining the homosexual issue from different perspectives, with academic support. It is not only a question of informing the reader about a taboo topic at the time of the novel's release, but also of structuring an experimental model, which will reflect on the other narrative models of the plot based on a Socratic dialogue between two prisoners - a homosexual, accused of perverting minors, and a Marxist, persecuted by the dictatorship - and resemantized by the constant descriptions of horror, adventure and romance films, where the figure of a stereotyped pattern of fatal woman looms. The present text, therefore, through a strict literary analysis of the

novel, together with a brief review of the literature, will, at first, based on criticism by Silviano Santiago (2008) ascertain what he qualifies as Theory of rubble and debug the debate underlying the issue of sexuality from elements derived from Puig's critical fortune, to then address the first five footnotes, elaborating them as a structural political review and, in a third moment, analyzing the four final footnotes, highlight the anarchic irony of the ensemble, demonstrating that this already pointed to an expansion of conceptual fields on sexuality and gender, which converge with the confrontation with orthodox models in the face of a radicalized democracy.

Key words: Kiss of The Spider Womans; Manuel Puig; Sexuality; Homoculture; Genre.

INTRODUÇÃO

Ao participar, em 2020, de uma banca de qualificação de mestrado no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, avaliando o projeto de Bianca Figueira Santos, sob orientação do colega Eder Monica, sobre conflitos judiciais no Tribunal Militar envolvendo mulheres transgêneros, entre os quais a própria autora, ex-capitão de corveta, reformada sob a alegação de não existirem mulheres no cargo, assinalei que boa parte do texto imbricava em teoria sobre a homossexualidade e as divergências em face de uma teoria transgênero, inclusive no campo biológico. Aquela disposição de texto, oscilando entre a narrativa contundente de crítica social a um poder militar conservador e preconceituoso, distante de uma modernidade mais prática e objetiva, entremeada a catálogos de observações "científicas" biomédicas me lembrava de alguma coisa, e logo me dei conta que recordava parte da estrutura discursiva do romance *O beijo da mulher aranha* (1976), de Manuel Puig (1932-1990) onde notas de rodapé espelhavam em tom acadêmico o enredo *noir* dos protagonistas. O sucesso das obras de Puig correspondia ao período de minha adolescência e juventude e o passar do tempo certamente contribuiu para que novas gerações no Brasil o conhecessem pouco ou quase não o conhecessem, talvez nem mesmo indiretamente, através do filme de Hector Babenco, que lhe dera projeção mundial à época. Pareceu-me, então, que seria interessante, passados tantos anos, retornar à mulher-aranha e rever aquelas notas de rodapé.

O romance do argentino Manuel Puig, *O beijo da mulher aranha*, apresenta nove longas notas de rodapé explicitando a questão homossexual sobre diversas

perspectivas, com amparo acadêmico. Trata-se não apenas de informar o leitor sobre um tema tabu à época do lançamento do romance como, também, de estruturar um modelo experimentalista, que irá refletir nas demais modelagens narrativas do enredo, pautado num diálogo socrático entre dois aprisionados - um homossexual, acusado de perverter menores, e um marxista, perseguido pela ditadura – e ressemantizado pelas constantes pelas constantes descrições de filmes de terror, aventura e romance, onde avulta a figura de um padrão estereotipado de mulher-fatal. A trama se concentra em dois personagens, Molina e Valentim, cada um, a seu modo, combatido pelo sistema, que lhes tortura os corpos e lhes esmiúça as redes ideológicas. A obra foi levada ao teatro pelo próprio autor e ganhou notoriedade com o filme homônimo lançado nos EUA em 1985, dirigido por Hector Babenco, com William Hurt (Oscar de melhor ator) como Molina, Raul Julia como Valentim, e Sonia Braga Leni Lamaison e também como a namorada perdida e como a mulher-aranha-fatal, enfatizando perspectivas *kitsch* da obra original enquanto elementos da homocultura. Reler as notas de rodapé do romance tantos anos depois de seu lançamento significa retomar pontos e alinhar subenredos diante de novas teias tecidas pelas repressões estatais e ideológicas sobre corpos e mentes.



Capa de edição do romance *O beijo da mulher aranha*, de Manuel Puihg
Fonte: https://www.skoob.com.br/o-beijo-da-mulher-aranha-7472ed8709.html

O presente texto, portanto, através de uma análise literária estrita do romance, em conjunto com breve revisão de literatura, irá, em um primeiro momento, a partir de crítica de Silviano Santiago (2008) apurar o que este qualifica como Teoria dos escombros e depurar o debate subjacente à questão sobre a sexualidade a partir de elementos derivados da fortuna crítica de Puig,

para, em seguida, abordar as primeiras cinco notas de rodapé, elaborando-as enquanto uma revisão política estrutural e, num terceiro momento, analisando as quatro notas de rodapé finais, destacar a ironia anárquica do conjunto, demonstrando que este já apontava para uma ampliação de campos conceituais sobre sexualidade e gênero, que confluem com o enfrentamento a modelos ortodoxos em face de uma democracia radicalizada.

1. TEORIA DOS ESCOMBROS

Silviano Santiago (2008) também retoma Puig, para aferir seu papel de precursor e contabilizar sua atualidade. Nesse sentido, irá observar *O beijo da mulher aranha* de forma menos complacente, enquanto técnica – e clichê – reproduzida de seus livros anteriores, em especial *Boquitas pintadas* (1969) e *The Buenos Aires affair* (1973). Nesse sentido, registre-se que o recurso de contrapor o próprio enredo aos filmes classe B já fora acionado, ainda que indiretamente, desde seu primeiro romance, *A traição de Rita Hayworth* (1968), onde as personagens buscam no cinema o refúgio para a vida monótona que levam em uma pequena cidade na Argentina. Para Santiago, competente em manter em funcionamento sua "invenção" Puig apresentaria, todavia, uma estrutura narrativa previsível, posto já estar sendo sua originalidade imitada também por outros, com ou sem eficácia. A originalidade em questão está em elementos que Santiago irá classificar como a estética *marícón*, parte de um fascínio pelos escombros da erudição.

Nesse sentido, os filmes classe B, os dramalhões, as fotonovelas e outros elementos da cultura de massa irão, na obra de Puig, ganhar alta relevância, enquanto ícones do ambiente *kitsch* homossexual. Apresentado de forma original e inventiva nos romances anteriores, perfazendo legiões de imitadores, nestes a sugestão interpretativa sempre cabe ao leitor, ao se mover entre a montagem de entulhos em referência às culturas de massa estadunidenses e latino-americanos. Em *O beijo da mulher aranha*, contudo, o romancista teria deixado de ser "irresponsável" (deixando de explicar seu método) e perpassando a perplexidade enquanto marca dos grandes autores, mas, pelo contrário, disciplina sua própria invenção ao lançar um produto refinado e didático, fadado a transformar-se em *best seller*. Essa estrutura se resume na tática da personagem homossexual Molina, que, aprisionado com o heterossexual Valentim numa cela, o entretém com narrativas de filmes então desprezados pela crítica intelectual – como *Cat people*

(1942), *I walk with a zombie* (1943) e melodramas nazistas – num mundo o jargão do amor genuíno e inocente da mulher pantera, primeira personagem a dominar os enredos sucessivos, irá se metamorfosear nas estratégias da mulher-aranha, que envolve os homens em sua teia de sedução. Fica, por assim dizer, desenhado para o leitor que o controle de corpos e mentes por parte da ditadura que aprisiona ambos os desviantes, a bicha e o revolucionário, será simbolicamente derrotado pelo beijo final entre Molina e Valentim, cada um seduzido pelo universo do outro, ampliando as perspectivas dos enfrentamentos.

Antes de prosseguir e apontar nossa discordância parcial com a rica análise, vale retornar à importante teoria subjacente ao texto de Santiago, a teoria dos escombros. Se a obra de Puig é apresentada como irônica ao se valer de uma estética *maricón*, que valoriza uma cultura popular impregnada de emoções pujantes, coloridos e lantejoulas, Santiago a coloca em paralelo com a inovação perpetrada pela obra de Jorge Luis Borges, também argentino. Todavia, os escombros de Borges, seriam aqueles advindos da erudição e do modelo literário clássico.

> O ponto comum que une Jorge Luis Borges a Manuel Puig é o fascínio pelos escombros da erudição na periferia do ocidente. (...) No caso de Borges, fascínio pelo entulho da erudição de fundo europeu e, no caso de Puig, pelo entulho da produção cultural de fundo basicamente norte-americano e hispano-americano. (...)
>
> Borges brinca com esse excesso e fá-lo espernear pela inteligência, até transformar a erudição elitista e canhestra dos grandes intelectuais latino-americanos em algo mais fascinante e real do que a mais fantástica das ficções proporcionadas pelas falsificações em cima do conhecimento cientifico, como as de Jules Verne. (...)
>
> Manuel Puig é o primeiro grande autor latino-americano que trabalha com a forma de escombro derivada do excesso de excesso da indústria cultural estadunidense e argentina, ou seja, com o quase lixo – filmes ultrasentimentais, radionovelas, tangos e boleros. Trabalha com a superabundância da mais gratuita das erudições juvenis, que é proporcionado pelos produtos de quinta categoria que nos são exportados ou, à semelhança deles, produzidos por aqui (SANTIAGO, 2008, p. 1121).

Esse *maricón* que emerge da mídia de massa, que se reconhece nos dramas da telenovela e nos amantes abandonados das canções de bolero, que habita vitrines de moda, becos e boates, emerge do recôndito marginal enquanto emergente político a disputar os terrenos discursivos.

Santiago, todavia, nos parece, comete outra ousadia e perfila seu próprio texto no campo restrito de reflexões endógenas de/para homossexuais. Claro, já havia deixado uma pista zombeteira aos descrever esses labirintos narrativos onde se "brinca com esse excesso e *fá-lo* espernear", em texto que encerra comentando a elegância despudorada nas primeiras obras de Puig que informam o tamanho do membro masculino bem dotado com um singelo gesto de mãos. Santiago esboça uma trajetória do que classifica de *mariconeria* de armário, influente nos filmes hollywoodianos (ainda marcantes nas cerimônias do Oscar e nas novelas televisivas de Gilberto Braga) e no estilo então consagrado, mas que necessita ser adequadamente destrinçado, afinal trata-se de demonstrar que o leitor hábil – qual o do armário de Puig – "não será um dos 'nossos', ou seja, não será alguém que pensa com o coração em chamas" (p. 1123). Vai buscar o termo *camp*, em Susan Sontag, para descrever a questão. Mas o termo não me parece adequado, e prefiro utilizar decolonialidade. Desse modo, os escombros latino-americanos estarão em oposição ao modelo racional/ocidental.

> Não se pode e não se deve comparar o texto *maricón* de Puig com semelhantes e anteriores, em geral pertencentes à literatura francesa. Por exemplo, com o texto pederasta e protestante de André Gide, altamente literário e elíptico (leia-se *O imoralista*, 1902); com o texto ou as imagens transgressoras da frescura mitológica de Jean Cocteau (veja-se o filme *Orfeu*, 1950), ou, finalmente, com o texto das relações homossexuais machas e carcerárias de Jean Genet (leia-se *O milagre da rosa*, 1946), que ressurgirão no grupo musical *The Village People* (SANTIAGO, 2008, p. 1122).

A economia política do ensaio de Santiago aponta para uma importante politização do discurso homossexual, inclusive em nível intratextual e daí talvez o clima e o cenário de uma espécie de *A traição de Manuel Puig*. Contudo, talvez exista aí um equívoco, pelo menos é o que me parece, pois Puig mira em outra direção, ainda que se valendo da *mariconeria* de armário, mas que seria sua própria superação, abrindo para o universo *queer*, expressão que provavelmente não lhe era usual.

Essa, inclusive, tornou-se uma tendência em interpretações mais recentes. Fiorini (2016), por exemplo, irá acionar a literatura de Judith Butler (2009), diferenciando sexo e gênero, ressemantizando ambos enquanto construção discursiva. Nesse sentido, resgata a figura do armário apresentada por Sedgwick (2007) enquanto parâmetro heteronormativo a partir do qual se estabelece a identidade homossexual. Em exame paralelo com o romance, Fiorini

irá apresentar o próprio discurso de Molina enquanto pautado nessa heteronormatividade, eis que ao sair do armário o homem tona-se afetado e a mulher se masculiniza. Pelo ponto de vista de Valentim, o revolucionário iluminista, o homossexualismo é inicialmente visto com estranhamento e, progressivamente, incorporado como pauta em uma luta universal. Portanto, as claves heteronormativas, ao serem relidas pelo modelo subversivo de Butler, apontam para mais além, onde "a teoria *queer* almeja também uma unidade de gênero, onde as sexualidades não atuem como critério taxonômico" (p. 7).

A teoria *queer*, ao abolir gêneros, trata a sexualidade enquanto manifestação do próprio gênero humano, em todos seus matizes e formas. Os corpos *queer* não possuem identidade fixa, mas multiplicidade plena. E tais parâmetros permitem entrever no discurso de Molina já a afirmação de autoreferenciais femininos e elementos do que viria a se configurar como cultura transgênero.

Por sua vez, centrando a força de suas análises no conjunto fílmico narrado por Molina e na respectiva fortuna crítica, Alós (2013, 2017), demonstrando que Puig alterna versões de filmes da antiga RKO com filmes por ele "inventados", mas que obedecem à mesma estética, salienta o fato de que a "mulher" Molina que aos poucos figura como heroína rocambolesca – pois saberemos em meio ao romance que estava infiltrada na cela para colher informações do revolucionário empedernido, mas que, ao invés de trair Valentim, por ele se apaixona e se sacrifica pela revolução, morrendo ao tentar passar uma mensagem aos companheiros revolucionários – fala em nome de um feminino radical que abala o conjunto dos gêneros ao seduzir o próprio Valentim, que nela vê a mulher-aranha, que passa a ser, em seu delírio final, após a tortura, também seu alicerce simbólico. Desse modo, a questão *queer* subjacente às teias narrativas de Puig, acabam por produzir também importantes formulações na redefinição das identidades heterossexuais. O que fica igualmente patente quando Valentim, após a narrativa do filme de corridas de automóveis, quando Molina para entretê-lo busca um enredo de aparente interesse hetero, faz com que Valentim teça autocríticas e conclua ser ele mesmo, em suas constantes recordações da antiga namorada, um fetichista burguês, a elaborar também uma mulher idealizada, espécie de camponesa-guerrilheira-manequim, que, em última análise, não condiz com as concepções igualitárias revolucionárias, muito menos com o universo metagênero agora em expansão. Em outro momento (ALÓS e BIASUZ, 2019), retomando o debate, aduz que o próprio gênero é performativo, ou seja, estrutura-se enquanto ato de linguagem, onde o sujeito atua como ente

linguístico, "sendo o resultado de seus atos e de sua performance e não da imposição de sua anatomia, o que determina, portanto, que sexo, gênero e sexualidade são ordens não dependentes, muito menos derivadas umas das outras" (p. 161), o que reelabora todo campo conceitual e normativo que invoca a heterossexualidade enquanto *a priori*.

Por fim, vale referir elementos de fundo político através de Romero (1998, 1999) que nos apresenta o cenário da luta por direitos à época da escritura do romance *O beijo da mulher aranha* por Puig, em uma Argentina peronista quando, em 1971, surge a Frente de Liberación Homosexual. Os conflitos com o peronismo de esquerda vão logo se dar, uma vez que a pauta homossexual enfrentava entraves e oposições diante da pauta revolucionária heterocentrada. Romero, então, destaca pelo menos dois elementos valiosos em sua análise: o primeiro deles diz respeito ao texto "El error gay", publicado postumamente em 1990, e onde Puig apresenta postura mais radical e crítica ao próprio movimento homossexual, e que estão conectados à nodal nona nota de rodapé, e que veremos adiante. O outro elemento é a original revelação da adaptação de Molina do filme *I walk with a zombie* (1943), dirigido por Jacques Turneur, em produção de Val Lewton para a RKO Pictures, e que, segundo anotações de Puig, teria sido convertida a ilha dos *zombies* em uma espécie de Cuba stalinista.

2. POLÍTICA "ARISTOTÉLICA"

Aristóteles em sua *Política*, analisando tanto a teoria quanto a prática sobre diferentes tipos de governo, voltadas para melhores performances, seleciona três expressivas contribuições científicas (Platão, Faleias, Hipodamus) e três melhores contribuições práticas (Esparta, Creta e Cartago). Dessa forma, em cada etapa, homenageia algumas características e critica outras, sempre em busca da justa mediania. Dessa forma, abre comentários à extensa obra de Platão, em especial, por óbvio, *A república*, e corrobora a preocupação com uma sociedade mais distributiva em relação aos bens econômicos, todavia, sem referendar o fim da propriedade privada, nem considerar – como o fizera Platão – a família como uma mera economia derivada. Em face da simplicidade distributiva econômica e legislativa de Faleias, consagra a importância de mecanismos tributários e a importância da objetividade na gestão. E o próprio fato de destacar, entre os pensadores selecionados, a obra de Hipodamus, uma espécie de precursor do urbanismo, traçando ruas e quarteirões, já demonstra que a preocupação com o

planejamento já vislumbrava diálogos interseccionais. Cotejado o plano analítico teórico, Aristóteles busca exemplos considerados vitoriosos de condução das cidades. Em Esparta, e na região de toda Lacedemônia de um modo geral, a ordem militar estabelece um sistema de hierarquia e disciplina invejáveis, a serem incorporados eventualmente às máquinas públicas, todavia a misoginia do modelo, ao afastar as mulheres das funções públicas, torna o sistema, como um todo, arriscado e pouco operacional. Em Creta, a multiplicidade de representações e de competências permite avançar em perspectivas tanto micro quanto macropolíticas, além de escalonar ações de governo. E vai buscar em Cartago o exemplo do plebiscito, conclamando a sociedade como um todo em momentos de decisões paradigmáticas.

Do confronto final entre teoria e prática se propõe a conjunção na figura do legislador, misto de prefeito, deputado e juiz, com perfil empreendedor, e não mais associado às heranças políticas tirânicas ou oligárquicas.

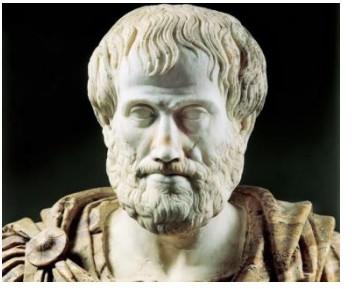


Imagem de Arsitoles (384 a.C.-322 a.C.)
Fonte: https://www.todamateria.com.br/aristoteles/

Manuel Puig, de forma correlata, em suas cinco primeiras notas de rodapé, estrutura sua *Política aristotélica sobre a sexualidade*. Assim, apresenta três teorias "físicas" para explicar o comportamento homossexual (desequilíbrio de hormônios, intersexualismo e fator hereditário), realiza um interlúdio sobre o filme de propaganda nazista narrado por Molina, e apresenta três interpretações de senso comum sobre as causas do homossexualismo (perversão, sedução e segregação). Da insuficiência de análises, resultam novos paradigmas na modernidade, em especial a psicanálise, com Freud, espécie de "novo legislador" que propugna, por consequência, um novo indíviduo/cidadão, o Narciso.

Puig, portanto, em sua primeira nota de rodapé destaca: "O pesquisador D. J. West considera que são três as teorias sobre a origem física do homossexualismo - e rejeita as três" (p. 53). Vejamos quais são essas teorias. A

primeira delas determina que o comportamento sexual anormal eventualmente proviesse de um desequilíbrio da proporção de hormônios masculinos e femininos. A teoria já nasce rejeitada, pois a nota logo demonstra que esta não se comprova em testes, conforme Swyer - em *Homossexualidade, aspectos endocrinológicos* - para quem os níveis hormonais em homossexuais e heterossexuais não revelou diferenças, conforme Barahal - em *Testosterona em homossexuais masculinos psicóticos* – que revela que a aplicação de hormônios masculinos em homossexuais masculinos só aumentou o desejo -, e conforme Foss - em *A influência de andróginos urinários na sexualidade da mulher* – que aponta que grandes quantidades de hormônios masculinos em mulheres trouxeram alterações apenas em aspectos físicos. A segunda teoria estuda o interssexualismo, ou seja, aqueles que não pertencem por inteiro a um dos sexos, embora apresentem traços. Nesse sentido, e conforme T. Lang - em *Estudos sobre a determinação genética da homossexualidade* -, homossexuais masculinos seriam geneticamente mulheres, resultado de compensações genéticas familiares não realizadas, sem, contudo, o próprio autor explicar 99% dos casos analisados, logo contrapostos à obra de C.M.R Pare - *Homossexualismo e sexo cromossomático* -, que contesta Lang em todos os casos, e à obra de J. Money - *Estabelecimento do papel do sexo* -, que demonstra que os intersexuais não se revelam bissexuais, mas em geral se adaptam aos comportamentos do sexo em que foram educados. Por fim, a terceira teoria apresenta o fator hereditário, através de F. Kallmann - em *Estudo comparativo dos aspectos genéticos da homossexualidade masculina* -, o qual apresenta provas vagas e descrendenciadas.

Zanella e Medeiros (2017) pontuam o momento em que cada uma das notas surge no romance, buscando elaborar uma leitura que consorcie permanentemente os diversos "níveis" textuais. Nesse sentido chamam a atenção para o fato de que essa primeira nota de rodapé se deflagra após a seguinte fala de Valentim: "Acho que para te compreender preciso saber o que acontece com você. Se estamos nesta cela juntos, é melhor a gente se compreender, e eu sei muito pouco sobre pessoas com tuas inclinações". Entender, portanto, essas *inclinações*, teria sido o mote para apresentar a teorização de West, correspondendo ao interesse do revolucionário estudioso de conhecer aquela pauta reivindicatória.



William Hurt e Raul Julia em cena do filme *O beijo da mulher aranha*, dirigido por Hector Babenco
Fonte: https://oglobo.globo.com/cultura/apos-ser-destaque-em-cannes-no-cine-ceara-beijo-da-mulher-aranha-abre-festival-de-2981413

A segunda nota de rodapé, pulada por muitos dos comentaristas (veja-se, por exemplo, ZANELLA e MEDEIROS, 2017) soa a um tempo como um deboche, também como uma estratégia do tipo forçar-a-barra para emprestar continuidade narrativa ao leitor que acompanhava também ao enredo do filme nazista e, por fim, soa como uma chave-mestra explicativa, que permite ler nas entrelinhas e desvendar o truque final das notas, como se verá mais adiante. A nota, atribuída ao serviço publicitário dos estúdios cinematográficos Tobis-Berlim se insere como uma continuação da narrativa do romance entre a deslumbrante atriz Leni Lamaison e o oficial nazista Werner quando ela chega à capital do Reich. A narrativa havia sido interrompida pela discussão, que magoara Molina, quando Valentim, entre a narrativa de jogos de luzes, glamour e arroubos de paixão, identifica o discurso de propaganda política nazi-fascista no enredo. A *mariconeria* encontra pela frente a crítica marxista revolucionária e o atrito será forte e significativo, com influência no enredo como um todo. Na adaptação para o cinema, no filme dirigido por Hector Babenco em 1985, a ação ao invés de, como no romance, perpassar diversos filmes, se concentra apenas neste, pois simboliza de maneira mais evidente o contraste político como pano-de-fundo. Trata-se de um filme inventado por Puig, ainda que a partir de diversas referências da cinematografia alemã do período hitlerista (PEREIRA, 2008). De fato, o primeiro filme narrado por Molina, *O sangue da pantera*, e que corresponde ao filme *Cat People*, de 1942, que, assim como *I walk with a zombie* foi também dirigido por Jacques Turneur e também produzido por Val Lewton para

a RKO Pictures, e que funciona como matriz geral do romance, convertendo paulatinamente a mulher-pantera em mulher-aranha, havia, possivelmente até em razão do sucesso do romance de Puig, recebido um remake erótico – e incestuoso - e sido lançado em 1982, com Nastassja Kinski e Malcolm MacDowell, no lugar de Simone Simon e Kent Smith, sob a direção de Paul Schrader (que se consagraria logo a seguir como o roteirista de *Taxi driver*, dirigido por Martins Scorcese). Por sua vez o roteiro adaptado (indicado ao Oscar) para o filme *O beijo da mulher-aranha*, dirigido por Hector Babenco, é de autoria de Leonard Schrader, irmão de Paul Schrader. Essa circularidade entre as produções, com a emergência de autores e temas contestatórios no cenário hollywoodiano, resulta em questionar também, com habilidade, o cenário político em transformação, com o fim das ditaduras militares na Argentina e no Brasil, agora transfigurados – como no épico *Ben-Hur* (1959), dirigido por William Wyler – enquanto mimesis do nazismo. Dessa forma, no filme de 1985, Sonia Braga irá encarnar Leni Lamaison e Herson Capri surgirá como o oficial Werner e as cenas de rodapé ganharão foco. Vale dizer, a inclusão de um "documento falso" entre as notas "científicas" na sequência das notas de rodapé, apresentando um pseudo-folheto publicitário – que ganhará relevo na adaptação fílmica de um romance que se estrutura nas narrativas de filmes (SANTOS FILHO, 2007) – é forte indicador da estrutura dialógica entre as diversas esferas da escrita que justapõe estilos – o diálogo socrático, o relatório de polícia, a narrativa glamorosa dos filmes e as notas acadêmicas no rodapé. O conjunto do romance é resultado dessa permanente interpenetração. Nem só um deboche *marícón*, muito menos um forçar-de-barra para continuar a narrativa do filme – eis que se revela que mais que Valentim, quem está sendo seduzido por Molina-Sherazade é o próprio leitor – mas a nota de rodapé, em sequência às frustradas teorias de confomação da eroticidade "física", agora se deparam com o arroubo propagandístico de uma ressurreição alemã que é apresentada como um espetáculo masculino e viril, trazendo uma pujança supremacista branca, antissemita e anticomunista. Efeito que reverbera na nota de rodapé anterior, enquanto possíveis induções científicas de cunho cultural e ideológico, e nas posteriores, enquanto esferas canônicas e positivistas a serem enfrentadas pela ciência e pela arte contemporânea.

Na terceira nota de rodapé, depois de haver refutado as três teses sobre a origem física do homossexualismo, D. J. West - em *Psicologia e psicanálise da homossexualidade* - considera que são três as principais interpretações do senso comum. A primeira delas é a que classifica como "Teoria da perversão", onde o

indivíduo adota o homossexualismo como um vício qualquer, pois se trata de enfrentar o sistema. O próprio West aponta um erro fundamental: o viciado escolhe deliberadamente o desvio, enquanto o homossexual, mesmo se autocontrolando, não elimina seus mais profundos desejos. A segunda interpretação "vulgar" seria a da "Teoria da sedução", a qual, segundo T. Gibbons - em *Comportamento sexual de jovens criminosos* – nos informa que a prática, em geral na juventude, de desejos homoeróticos não justifica que se detenha o fluxo de desejos heterossexuais. Por fim, teríamos a "Teoria da segregação", na qual jovens criados entre rapazes, sem mulheres ou vice-versa (colégios internos, casernas etc.) simbolizariam para S. Lewis - em *Surpreendido pela alegria* -, que a frequência das práticas sexuais nesses locais estaria mais associada à imperiosa necessidade de uma descarga sexual e não à livre escolha.

Descartados os padrões pseudo-científicos para se debater o comportamento homossexual, o casal padrão heterossexual composto como ideal social deixa de corresponder necessariamente ao ideal social, eis que a libido impulsiona os desejos, gerando controles de repressão em especial face ao incesto e à homossexualidade. Zanella e Medeiros (2017, p. 15) assinalam que a nota de rodapé surgira a partir da solicitação frustrada de Molina para que, dessa vez, fosse Valentim a narrar um filme.



Sigmund Freud (1856-1939) e seu divã, representados no Museu Madame Tussauds de Londres
Fonte: https://brasilescola.uol.com.br/biografia/sigmund-freud.htm

Desse modo, a quarta nota de rodapé [Molina, mais à vontade, está a pegar uma toalha – cfe, Zanella e Medeiros (2017, p. 17)], apresentando essa nova "legislatura", observará os resultados danosos do modelo autoritário, onde o controle familiar com castigos corporais se complementa no autocontrole do corpo desde a infância. Desse modo, para Anna Freud, em *Psicanálise da criança*, o mecanismo de autocontrole e até de eliminação de desejos pode tornar o individuo incapaz de desfrutar, em qualquer circunstância, relações desinibidas com outra pessoa. O resultado dessa cultura anti-erótica pode apresentar resultados extremos, como a impotência, a frigidez ou sentimentos de culpa obsessivos.

Para os freudianos ortodoxos, todavia, as primeiras manifestações da libido infantil seriam de caráter bissexual. A partir dos cinco anos a criança já observa as diferenças sexuais e o triângulo edipiano. O conflito em geral se resolve na adolescência, transferindo sua carga afetiva do progenitor ou progenitora para um rapaz ou moça de sua idade. Mas aqueles que desenvolveram uma relação muito estreita com o progenitor do sexo oposto, seguirão com desconforto diante da experiência sexual O desenlace pode acarretar em neuroses. Para o homem: impotência, relacionamentos exclusivamente com prostitutas (não mães), outros homens. Para as mulheres, frigidez, lesbianismo.

A quinta nota de rodapé irá trabalhar sobre os conceitos de "inversão" a partir do complexo de Édipo. Desse modo, O. Fenichel, em *Teoria psicanalítica da neurose*, destacará que a probabilidade de orientação homossexual é tanto maior quanto mais um menino se identificar com a mãe. A figura paterna pode se mostrar repulsiva (violência, alcoolismo etc.). Se o menino se identifica com o pai, tenderá a reproduzir a violência. Identificado com a mãe, será socialmente menosprezado por seus traços efeminados. Todavia, para Freud, em *Da transformação dos instintos*, o homossexual pode combinar às vezes a mais completa masculinidade com a inversão sexual. Nessa obra, aponta as diferentes fases (oral, anal e genital – considerando essa última como forma definitiva e madura).

Mas é em *Introdução ao narcisismo* que Freud elabora uma teoria segundo a qual o homossexual começaria pela fixação materna efêmera para, finalmente, identificar-se como mulher. No fim das contas, o objeto de seu desejo sexual é sua própria imagem. De todas as observações de Freud, esta foi a mais atacada.

West contesta o "evolucionismo" das fases, eis que casais heterossexuais também praticam fases orais e anais. Na leitura correlata de Zanella e Medeiros (2017, p. 19), a nota de rodapé surge do debate entre Molina e Valentim, quando

este, com saudades da antiga namorada, valoriza a letra sentimental e piegas de um bolero.



Narciso, de Caravaggio (1594-1596), Galeria Nacional de Ate Antiga, Roma, Itália
Fonte: http://charlarte.com/narciso-de-caravaggio-el-retrato-de-un-reflejo-genial/

3. O PARADOXO DE ANNELI TAUBE

O primeiro conjunto de notas de rodapé, como veio a ser assinalado por diversos comentadores (ROMERO, 1998, 1999; ZANELLA e MEDEIROS, 2017) permite identificar duas fontes centrais na pesquisa de Puig, que são justamente os livros *Homosexuality* de D. J. West (1967) e *Homosexual opression and liberation*, de Dennis Altman (1971). Esse dois livros citam todos os demais autores relacionados nas notas, salvo Anneli Taube. Na realidade, o livro de Altman termina por ser uma refutação da obra de West e seu forte juízo moral por abusar de termos como "desviado", "normal", "perverso" etc. (ROMERO, 1998, p. 4, nota de rodapé n. 10). Puig, por sua vez, teria parafraseado livremente esse material, não raro associando questões pertinentes a dois ou três autores e tergiversando opiniões, onde, em certa medida, o exagero fadiga o leitor e termina por questionar o academicismo que encurrala e etiqueta a sexualidade.

Esse segundo conjunto de notas, portanto, se centraliza na perspectiva crítica de Altman, retomando também, nas entrelinhas, as teses da Frente de Liberación Homosexual argentina.

A sexta nota de rodapé irá abrir essa perspectiva, apontando para o embate entre repressão e libertação. Nesse sentido, Puig irá observar como

Freud, em *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*, assinala que a repressão, em termos gerais, provém da imposição do domínio de um indivíduo sobre outros, sendo esse primeiro indivíduo não outro que o pai. Associa sua tese da autoridade patriarcal com o auge da religião e particularmente com a ascensão do monoteísmo no Ocidente. Na mesma linha, Otto Rank considera o desenvolvimento da dominação paterna até chegar-se a um poderoso sistema estatal.

Aqui, Puig introduz Dennis Altman, em *Homossexual, opressão e libertação*, e como este relaciona o patriarcado à necessidade comunitária de reprodução, economia e defesa, elaborando uma repressão legitimada, que se exprime de três maneiras interrelacionadas: 1) pecado e o correlato sentimento de culpa; 2) a instituição familiar e a procriação; 3) a rejeição de tudo que não for sexualidade genital e heterossexual. Rattray Taylor, em *O sexo na história*, também irá assinalar que, a partir do século IV antes de Cristo, verifica-se crescente repressão da sexualidade e paulatina alteração do padrão grego pelo hebreu. Nesse sentido, o próprio William Reich, em *A função do orgasmo*, afirma que a libertação sexual está radicada no orgasmo perfeito, de natureza heterossexual.

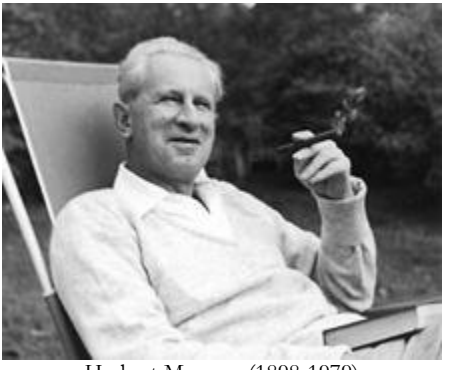
Curiosamente, destacam Zanella e Medeiros (2017, p. 21) essa nota de rodapé surge a partir de uma fala do diretor do presídio, quando ficamos sabendo que Molina fora infiltrado na cela e que a comida servida a Valentim está misturada a purgantes, de modo a deixá-lo fragilizado e capaz de revelar segredos, conjugando-se aos diagnósticos de repressão patriarcal em Freud.



Dennis Altman (1943-...)
Fonte: https://alchetron.com/Dennis-Altman

O contraponto se verificará com a obra de Herbert Marcuse que, em *Eros e civilização*, indica que a libertação sexual requer um anova moralidade e uma revisão da noção de natureza humana. A sexualidade como um "fim útil" coloca-se fora da órbita pela performance homossexual. Altman, por sua vez, acrescenta

que quando o homossexualismo se torna exclusivo, estabelece suas próprias normas, deixando de assinalar criticamente a convencionalidade, o que significa que, ao mimetizar uma "cópia" do padrão heterossexual, torna-se uma força de repressão tão grande quanto. A chamada natureza humana, portanto – para Altmann e para Marcuse –, é tão somente o resultado de séculos de repressão.



Herbert Marcuse (1898-1979)
Fonte: https://it.wikipedia.org/wiki/Herbert_Marcuse

A sétima nota de rodapé trabalhará com outro par de opostos, a sublimação face à interdimensionalidade. Como variante do termo repressão, Freud introduziu o termo "sublimação", a operação através da qual se canalizam os impulsos libidinosos "inconvenientes". "Não pensa, que piora as coisas", é a fala de Molina que dá mote à nota (ZANELLA e MEDEIROS, 2017, p. 23). Freud, todavia, considera que a sublimação pode acarretar efeitos saudáveis se externada em atividades artísticas, esportivas e profissionais, como compensação aos impulsos destrutivos. Herman O. Brown, por sua vez, em *Vida contra morte*, ataca essa posição e propõe uma retomada da "perversão polimorfa" identificada por Freud na primeira infância. Marcuse, analisando esse conjunto de questões, irá elaborar o termo *surplus repression* para designar a parte da repressão sexual criada para manter o poderio da classe dominante. Portanto, o avanço principal que seria possível supor em Marcuse com respeito a Freud, consistiria em que este último tolerava certo tipo de repressão pelo fato de preservar a sociedade contemporânea, enquanto Marcuse considerava fundamental a mudança da sociedade, na base de uma evolução que levasse em conta os impulsos sexuais originais.

Crítica feita à sublimação, trata-se de acompanhar os passos dessa evolução. E é justamente em *O homem interdimensional*, que Marcuse afirma que,

originariamente, o instinto sexual não tinha limitações temporárias e espaciais do sujeito e do objeto, dado que a sexualidade é por natureza "perversa polimorfa", abrangendo fenômenos como a resistência à *surplus repression* e também aspectos como a repressão do olfato e do sabor na vida sexual. Propõe, por fim, a passagem da supremacia genital a uma total erotização da personalidade. No mesmo sentido, Dennis Altman sustenta que a libertação não somente deveria eliminar a contenção sexual, como proporcionar a possibilidade prática de realizar aqueles desejos.

A questão ganhará relevância, ampliando-se em bandeiras alternativas, onde Kate Millet, em *Política sexual*, irá reclamar, sob a ótica da libertação feminina, uma revolução sexual sem hipocrisias, corrompida pelas bases econômicas exploradoras das alianças sexuais tradicionais, ou seja, o casamento. Contrariamente, J. C. Unwin, em *Sexo e cultura*, analisa 80 sociedades "não civilizadas" e sustenta que a liberdade sexual conduz à decadência social. As sociedades "sobreviventes" se caracterizariam pela submissão moral e material da mulher.

Pode-se dizer que o debate, iniciado no confronto de teses "físicas" e de senso comum em West, reconfiguradas pelo crivo crítico de Altman, alcançaram substância e robustez. E a oitava nota de rodapé irá apresentar novo par de opostos, o aburguesamento da homossexualidade diante da contracultura (em seus eventuais primórdios da teoria *queer*). Assim, para J. L. Simmons, em *Desvios*, informa que os homossexuais são objeto de rejeição consideravelmente maior que alcoólatras, jogadores compulsivos, ex-presidiários e doentes mentais. Para J. C. Flugel, em *Homem, moral e sociedade*, expõe que a educação em base patriarcal rígida leva ao fascínio pelos regimes autoritários; contrariamente, aqueles que rejeitaram na infância a estética masculinizante, tenderão a apoiar causas radicais. Por sua vez, para Marcuse, a função social do homossexual é análoga à do filósofo crítico, sua presença representa um indicador constante da parte reprimida da sociedade. Resumindo a questão, para Altman, há dois principais componente da repressão: 1) a eliminação do erótico de todas as atividades não sexuais; 2) a negação da bissexualidade inerente ao humano. Ser macho ou fêmea fica estabelecido, antes de mais nada, através do outro: o homem sente que sua masculinidade depende de sua capacidade de conquistar mulheres, e a mulher sente que sua realização só pode ser alcançada ligando-se a um homem. A bissexualidade ameaça inclusive as formas aburguesadas da vida homossexual exclusiva. A nota conclui apontando que para Theodore Roszak, em *O nascimento de uma contracultura*, a mulher mais necessitada, e desesperadamente, de libertação

é a mulher que todo homem traz trancada no calabouço de sua própria psique. Dá-se o mesmo fenômeno com relação ao homem manietado que existe dentro de toda mulher.

Como expressão estética dessa contracultura a nota de rodapé é deflagrada de reticências, que sinalizam o silêncio no diálogo entre os personagens (cfe. ZANELA e MEDEIROS, 2017, p. 25)

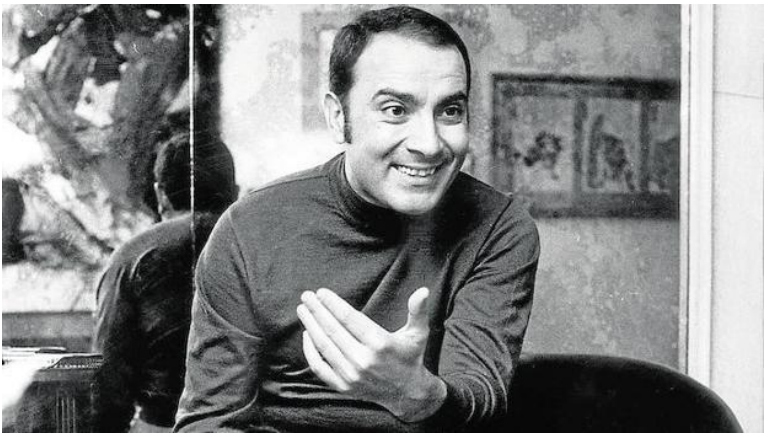


Sonia Braga como a mulher-aranha
Fonte: https://cultura.estadao.com.br/fotos/cinema,o-beijo-da-mulher-aranha-1985,606839

Por fim, a nona e polêmica nota de rodapé surge após Molina contar a Valentim que será libertado e que poderá repassar aos companheiros deste suas instruções (ZANELLA e MEDEIROS, 2017, p. 27), e nos apresenta a psicóloga dinamarquesa Anneli Taube que, em *Sexualidade e revolução*, trabalha as probabilidades de orientação sexual, conforme a identificação da criança com o progenitor de sexo oposto. O menino em conflito com o pai (autoridade, força) recorrerá à cosmologia da mãe (carinho, tolerância, artes). Da mesma forma, a menina que não se identifica no papel de submissão, tende a identificar-se com o pai e assumir estereótipos autoritários. Esse quadro, em famílias mais amplas, tende à distribuição de papeis, onde, por exemplo, o menino homossexual colocaria os irmãos heterossexuais dentro de um campo mais neutralizado. O futuro homossexual masculino, depois de rejeitar a estética paterna, tenderá a reproduzir a submissão materna, assim como a menina homossexual tenderá a "aprender" o papel repressor.

Taube considera ambas essas adaptações culturais como diferentes oscilações da bissexualidade originária, onde o homossexual tende a imitar os defeitos do heterossexualismo. Dessa forma, o homossexual masculino irá se

aproximar do estereotipo da *bicha*, com espírito submisso e serviçal, amante da paz a qualquer preço, sobretudo ao preço de sua própria marginalização, enquanto a característica da mulher homossexual tenderá ao espírito anárquico, violentamente desconforme e desorganizado. Ambas características, portanto, são não deliberadas mas compulsivas, impostas por uma lenta lavagem cerebral.



Juan Manuel Puig Delledonne (1932-1990)
Fonte: https://sylviacolombo.blogfolha.uol.com.br/2020/07/23/30-anos-sem-manuel-puig/

Ora, a questão que se coloca aqui é que não existe Anneli Taube, ela e sua obra são invenção de Puig, que está a trazer agora, para o rodapé, o mundo da ficção, no modelo do escombro borgeano, onde os entulhos classificatórios da psicologia apontam para os movimentos políticos empíricos e para a própria crítica da esquerda e inclusive de movimentos homossexuais às posturas radicais e polêmicas de Puig. A trama se revelara em uma entrevista a Manfred Engelbert e José Amícola (AMÌCOLA, 1992):

> MANFRED ENGELBERT: ¿Vas a decirnos quién es el científico inventado? Tú en la entrevista con Ronald Christ dices que hay una invención en las notas, dónde expresas algo que sería más bien tu conclusión personal.
> MANUEL PUIG: La doctora danesa Anneli Taube no existe. (Risas). En la edición danesa le dije: "pongan esse outro nombre, la inglesa tanto..." Y se olvidaron y dejaron la danesa Anneli Taube. (Risas). Pero nadie se dio cuenta de nada.
> JOSÉ AMÍCOLA: Porque nosotros estuvimos buscando, pero, como hay varios libros que no encontramos, entonces quedaba abierta la duda.
> MANUEL PUIG: Sí, es ella.

O humor cínico a encerrar o romance, que, na segunda nota de rodapé trouxera a narrativa fílmica para o plano da exposição acadêmico-documental, realizava agora a contrapartida, emprestando à ciência de rodapé sua contraparte ficcional que, por sua vez, espelha o constructo sexual do conjunto, onde conforme aventado através de Marcuse, a função social do homossexual é análoga à do filósofo crítico. Estratégia que converge no artigo póstumo, "El error gay" (PUIG, 1995, p. 139). Senão, vejamos:

> La homosexualidad no existe. Es una proyección de la mente reaccionaria. Lamentablemente, creo que em materia de sexo somos casi todos bastante reacionários: para nosotros la homosexualidad existe, ¡y como! Pero nos hacemos ilusiones, igual que los que creían em la terra plana.

E Puig reelabora uma história factível do patriarcado onde o sexo, um jogo inventado pela Criação, como comer ou dormir, sem peso moral, tornou-se objeto de controle, em especial de homens sobre mulheres, se convertendo, com o tempo, na cultura de penetradores e penetrad@s, onde a mulher sexualmente ativa (e o homossexual por extensão) é considerada promiscua ou ninfomaníaca, enquanto formas de menosprezo, e o homem, com a mesma disposição sexual, é homenageado. Há de se enfrentar essa realidade cultural, mas não através do gueto ou da estandardização do homossexual, trata-se de radicalizar e abolir as categorias hetero e homo e ingressar na sexualidade livre! Mas será um trabalho lento, eis que os danos são demasiados. Mas, Puig esperava, o século XXI, muito provavelmente, olhando para o passado, veria esse debate como advindo de um rebanho tragicômico de reprimidos.

REFERÊNCIAS

ALÓS, Anselmo Peres. Sexualidades marginais nas bordas do texto: cinema, política e performatividade de gênero em *El beso de la mujer araña*. In: *Estudos Feministas*, Florianópolis, 21(3): 496, setembro-dezembro/2013, p. 1121-1147.

ALÓS, Anselmo Peres. *El beso de la mujer araña*: gênero, sexualidade e subversão. In: *Estudos de literatura brasileira contemporânea*, n. 50, p. 399-423, jan./abr. 2017, p. 399-423.

ALÓS, Anselmo Peres; BIASUZ, Caroline. O amor entre homens no cárcere: gênero, sexualidade e performatividade em Manuel Puig. In: *Letras*, Santa Maria, v. 29, n. 59, jul./dez. 2019, p. 151-166.

ALTMAN, Dennis. *Homosexual: opression and liberation*. New York: Martin Duberman, 1971.

AMÍCOLA, José. "Los manuscritos". In: PUIG, Manuel. El beso de la mujer araña. Edición crítica coordenada por José Amícola y Jorge Panesi. Méjico: ALLCA XX, 2002, p. XIX-XXXII

ARISTOTELES. *Política*. Tradução de Nestor Silveira. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2009.

FIORINI, Juan Ferreira. Mulher aranha, mulher Molina: homocultura e performance de gênero em *O beijo da mulher aranha.* In: *MEMENTO - Revista de Linguagem, Cultura e Discurso*, Mestrado em Letras - UNINCOR - ISSN 1807-9717, v. 07, n. 1 (janeiro-junho de 2016), p. 1-12.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. *O império das imagens de Hitler: o projeto de expansão internacional do modelo de cinema nazi-fascista na Europa e na América-Latina (1933-1955).* Tese de doutorado. Orientadora: Maria Helena Rolim Capelato. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade de São Paulo, 2008.

PUIG, Manuel. *O beijo da mulher aranha*. Tradução de Gloria Rodriguez. 11ª edição. Rio de Janeiro: CODECRI, 1982.

PUIG, Manuel. El error gay. In: *El Porteño*, año IX, septiembre de 1995, p. 139-141.

ROMERO, Julia Graciela. Respuestas culturales: sexo y nación. A partir de Manuel Puig. In: *Orbis Tertius*, 3 (6), 1998, 99-109. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2728/pr.2728.pdf

ROMERO, Julia G. Manuel Puig: del delito de la escritura al error gay. In: *Revista Iberoamericana*, vol. LXV, n. 187, 1999, p. 305-325.

SANTIAGO, Silviano. Manuel Puig: a atualidade do precursor. In: *Revista Iberoamericana*, Vol. LXXIV, n. 225, oct-dic 2008, p. 1119-1129.

SANTOS FILHO, José Jacinto dos. *O espaço na narrativa literária e fílmica em* O beijo da mulher-aranha. Dissertação de mestrado. Orientação: Maria do Carmo Siqueira Nino. Co-orientação: Maria da Piedade Moreira de Sá.

Recife: Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. Tradução de Plínio Dentzien. In: *Cadernos Pagu*, n. 28, jan./jun. 2007, p. 19-54.

WEST, Donald J. *Homosexuality*. London: Duckworth, 1955.

ZANELLA, Alexandre da Silva; MEDEIROS, Vanise. Nas tramas da teia, a surpresa das notas. In: *Letras Escreve*. ISSN 2238-8060. Macapá, v. 7, n. 1, 1º semestre, 2017, p. 11-31. https://periodicos.unifap.br/index.php/letras.

GT 11

Los desafíos de la globalización en los nuevos modelos de producción, las relaciones laborales y los derechos sociales

COORDINACIÓN:
Carla Appollinário de Castro (UFF), Luiz Antonio Peixoto (UFJF) y Mónica Lópes Viso (UVigo)

DESCRIPCIÓN: Este grupo de trabajo tiene como objetivo conocer y discutir la investigación sobre el mundo del trabajo que involucra los siguientes ejes centrales, como tema general o en una perspectiva comparativa entre América Latina y la Unión Europea: 1) las transformaciones del trabajo; 2) la regulación del trabajo; 3) la intervención de los actores sociales en la legislación de protección social; y 4) el impacto de las relaciones internacionales en el trabajo. Por lo tanto, los que están interesados en la investigación para analizar el carácter precarizado de los cambios en las estructuras organizativas del trabajo; las consecuencias de la racionalidad neoliberal y las políticas de austeridad; los impactos en la legislación laboral protectora y los aspectos principales de las relaciones internacionales con el potencial de afectar las relaciones de producción económica, como la dinámica de la globalización, el desarrollo económico y el mercado laboral, la sostenibilidad en el entorno laboral y los derechos humanos de los trabajadores.

AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL E O SEU PROCESSO DE PRECARIZAÇÃO: um estudo comparativo com institutos europeus

Lourival José de Oliveira
Doutor em Direito. Docente dos Programas de Doutorado/mestrado da Universidade de Marília. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina, ambas no Brasil. lourival.oliveira40@hotmail.com

João Gabriel Debertolis Arruda
Graduando do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina
Londrina, Brasil
joaoarruda97@gmail.com

Resumo: Os objetivos deste artigo são demonstrar que as múltiplas alterações legislativas ocorridas na reforma trabalhista de 2017 no Brasil (lei nº 13.467/2017) estão eivadas de graves inconstitucionalidades, e, concomitantemente, elaborar uma análise comparativa entre o cenário laboral brasileiro e europeu na tentativa de comprovar que as legislações trabalhistas europeias também sofreram retrocessos, porém em grau menor que a brasileira. A justificativa para a escolha deste tema se deu por conta da reforma trabalhista/2017, acontecida no Brasil, momento em que ocorreram graves violações, afetando a própria identidade do trabalhador, com o consequente não respeito aos direitos sociais do trabalho, o que resultou em violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Enquanto procedimento metodológico, inicialmente abordou-se os fundamentos constitucionais brasileiros de proteção ao trabalho humano contrapondo-se com a reforma trabalhista/2017, e, após, promoveu-se uma análise comparativa com institutos semelhantes de legislações europeias. Utilizou-se do método dedutivo, com pesquisas bibliográficas, levando-se em conta a multidisciplinaridade necessária na elaboração de um trabalho científico. Ao final, demonstrou-se o caráter prejudicial das alterações legislativas promovidas no Brasil por meio da reforma trabalhista/2017, e, de forma sucessiva, o grau maior de precariedade produzido para as relações de trabalho no Brasil em comparação com legislações europeias.

Palavras-chave: Direitos sociais; Flexibilização; Precarização do Trabalho; Reforma trabalhista.

Abstract: Thes purposes of this article are to demonstrate that the multiple legislative changes that occurred in the labor reform of 2017 (law nº 13.467 / 2017) are riddled with serious unconstitutionalities, concomitant to the elaboration of a parallel between the Brazilian and European labor scenario to demonstrate that

the labor laws European companies have also suffered setbacks. The justification for the choice of this theme occurred because, with the labor reform / 2017, serious violations occurred, especially with regard to the social identity of the worker. Thus, failure to respect social rights at work resulted in a violation of the principle of human dignity. As a methodological procedure, initially the Brazilian constitutional foundations for the protection of human work were discussed in opposition to the labor reform / 2017, and, afterwards, a comparative analysis was carried out with similar institutes of European legislation. The deductive method was used, with bibliographic research, taking into account the multidisciplinarity necessary in the elaboration of a scientific work. In the end, the harmful character of the legislative changes promoted in Brazil through labor reform / 2017 was demonstrated, and, successively, the greater degree of precariousness produced for labor relations in Brazil compared to European legislation.

Key-Words: Flexibilization; Labor Reform; Precarious Work; Social rights

INTRODUÇÃO

Inicialmente é necessário salientar que os direitos trabalhistas se equiparam aos direitos humanos por serem imprescindíveis para que o trabalhador possua as condições de galgar uma vida digna em meio a um modo de produção capitalista, possibilitando por sua vez acessibilidade a todos os outros direitos e garantias. Dessa forma, a preferência pela abordagem deste tema se baseou principalmente pela sua relevância atual, considerando sobretudo a necessidade da valorização do trabalho humano, cujo fundamento foi estabelecido na República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º inciso IV da Constituição Federal, onde os direitos sociais, com maior ou menor intensidade, podem estar passando por um processo de desconstrução.

Igualmente, a análise feita neste artigo recai sobre os resultados que estão sendo obtidos pela recente reforma trabalhista ocorrida por meio da edição da Lei de nº 13.467/2017 no Brasil. Diploma legal este que atualmente encontra-se como objeto de várias ações diretas de inconstitucionalidade, aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Promoveu-se também uma análise comparativa dos novos institutos criados pela citada reforma com outros semelhantes de legislações europeias, a fim de tentar estabelecer o grau de precarização sofrido pela legislação brasileira como também em face de determinadas legislações europeias. É importante destacar que a proposta aqui apresentada não quer representar a importação de modelos para

atender a realidade brasileira, servindo as legislações estrangeiras eleitas como um parâmetro de estudo.

Foi utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas principalmente, sem abandonar uma abordagem crítica e propositiva, revelando-se um estudo multidisciplinar.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO HUMANO

A Constituição Federal brasileira de 1988 é definida por muitos como uma "constituição cidadã" e não poderia ser de outra forma, considerando que dois dos seus principais alicerces se encontram voltados diretamente para a tutela à dignidade humana, por meio da proteção à saúde, educação e trabalho.

Como já afirmado na introdução desse artigo, em uma sociedade cujo modo de produção é limitado pelas regras do capitalismo, a valorização do trabalho é algo imprescindível para promover a redução das desigualdades sociais.

Ademais, é necessário pontuar que o Direito do Trabalho possui caráter de Direito Fundamental, conforme Oliveira: "(...) o Direito do Trabalho é classificado como fazendo parte dos chamados Direitos Sociais, e por consequência, dos Direitos Humanos" (OLIVEIRA, 2011, p.243).

Dessa forma, se a Constituição foi promulgada com um conjunto de princípios pautados no respeito aos direitos humanos e fundamentais, nada mais plausível a afirmar de que ela - a Carta Magna – foi elaborada com o objetivo de tutelar também os direitos resultantes das relações de trabalho.

Fachin (FACHIN, 2015, p. 208) ressalta que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentados no princípio da "igualdade", não se sobrepondo entre si.

Tendo em vista esse cenário, Fachin leciona também que os direitos fundamentais estão consolidados em "dimensões", ou seja: "É mais apropriado, então falar-se em dimensões de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de uma dimensão, porque representam acréscimo aos direitos das dimensões precedentes, com estes interagem, e todos coexistem harmoniosamente" (FACHIN, 2015, p.223).

Concluindo essa abordagem, afirma novamente Fachin que os direitos trabalhistas estão inseridos na "segunda dimensão" dos direitos fundamentais (FACHIN, 2015, p.224):

Tal conceituação é necessária para colaborar com o convencimento que o trabalho ou a proteção ao trabalho fazem parte dos direitos fundamentais, arduamente conquistados e presentes como um dos princípios da República brasileira em seu texto constitucional. Fato esse que contribui ainda mais para a concepção de que é inimaginável a violação destes direitos.

O presente trabalho se debruçará sobre os quatro grandes princípios constitucionais elencados por Maurício Delgado:

> São quatro os princípios constitucionais afirmatórios do trabalho na ordem jurídico-cultural brasileira: o da valorização do trabalho, em especial o emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; o princípio da dignidade da pessoa humana (DELGADO, 2010, p. 31).

Dessa forma, Delgado (DELGADO, 2010, p.31) afirma que a Constituição Federal de 1988 procurou estabelecer um ordenamento jurídico democrático conectado a um modelo econômico que respeitasse os diferentes fundamentos de seu texto Constitucional. E é nesse mesmo sentido que o referido autor destaca que a valorização do trabalho é vinculada à garantia ao vínculo de emprego por ser este um fator determinante para que o indivíduo obtenha uma plena inserção na sociedade.

Ou seja, com a tutela desse princípio o indivíduo adquire a possibilidade de galgar e desfrutar outros direitos igualmente relevantes.

Há de se analisar também o princípio da "justiça social", que de acordo com Delgado é um dos princípios basilares da Carta Magna. É muito presente ao longo do texto Constitucional a mencionada justiça social, que se encontra principalmente no título referente aos direitos fundamentais e, também, no que diz respeito aos objetivos da República (DELGADO, 2010, p.35).

Há ainda o princípio da função socioambiental da propriedade, que conforme Delgado (DELGADO, 2010, p. 36), possui íntima conexão com o Direito do Trabalho no que tange ao direito a um meio ambiente de trabalho digno. Tal disposição está sedimentada no art. 200, inciso VIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Logo, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, não deve a utilização da propriedade basear-se apenas no lucro exacerbado. É inevitável que se leve em conta também o ser humano e também o respeito a todos os outros direitos fundamentais. A propriedade deve primeiramente produzir bens sociais, sem o qual não cumprirá com sua principal finalidade constitucional.

Tal premissa possui também muita relevância e compatibilidade com o estudo do Direito do Trabalho, tendo em vista que muitos ofícios realizados pelo homem se concretizam a partir da retirada de recursos da natureza e sua consequente transformação.

Os princípios constitucionais da República brasileira não afastam o uso e exploração da propriedade, mas sim, ressaltam que é inimaginável a sua realização sem levar em conta os aspectos intrínsecos ao ser humano.

Observa-se que todo esse conjunto de princípios buscam, de forma integrada, o resultado dignidade da pessoa humana, o qual coloca o ser humano como destino central dos objetivos estabelecidos constitucionalmente (DELGADO, 2010, p.37).

Contribuindo para o estudo, pontua Júnior (JÚNIOR, 2000, p. 4): "Outra vertente de relevo pela qual se espraia a dignidade da pessoa humana está na premissa de não ser possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Veda-se a coisificação da pessoa".

As efetivações dos princípios aqui apresentados são condições indispensáveis para que o ser humano se revele socialmente enquanto portador de dignidade. Para o presente estudo, que possui foco nas relações de trabalho, constata-se que a proteção do trabalho na condição de direito fundamental estabelece uma série de limites quando se trata de reformas trabalhista, como a ocorrida no Brasil, onde os elementos econômicos, como por exemplo aumento da produção, redução dos custos empresariais, não podem servir como fundamento para a precarização das relações de trabalho.

2. AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÃO DE TRABALHO E A COMPARAÇÃO COM INSTITUTOS EUROPEUS

Serão abordadas neste momento, de maneira pontual, as novas formas de relação de emprego abarcadas pela reforma trabalhista brasileira de 2017, cabendo citar: o regime de teletrabalho, trabalho intermitente e o denominado "autônomo

exclusivo". Concomitantemente, o artigo se debruçará também no estudo comparativo com institutos trabalhistas provenientes do ordenamento jurídico europeu.

Escolheu-se os institutos recém criados por se tratarem dos principais pontos de debate da chamada reforma trabalhista/2017 e por estarem sob apreciação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no que se refere à constitucionalidade.

Dessa forma, o primeiro tópico a ser analisado será o teletrabalho, sendo essa uma forma de relação laboral marcada principalmente pela utilização dos meios telemáticos de comunicação, com grande ascensão em uma economia transnacionalizada. Em momento nenhum quer se aqui transformar o teletrabalho em uma forma degradante de trabalho. A questão é estudá-la dentro do contexto das relações de trabalho levando-se em conta as alterações implementadas pelas mudanças normativas provocadas principalmente pela reforma trabalhista/2017.

Em parte, o teletrabalho pode contribuir positivamente com a preservação do meio ambiente, e com a proteção da saúde físico e psíquica do trabalhador, caso empregado em um contexto social onde reste efetivamente preservada e valorada a vida do trabalhador. A CLT em seu artigo 75-B define o teletrabalho. E por sua vez, os elementos característicos do teletrabalho podem ser elencados primeiramente em um espectro geográfico, ou seja, o empregado efetua suas atividades em um ambiente distinto daquele em que se encontra o seu empregador.

É possível analisar essa modalidade por meio do aspecto tecnológico que corresponde aos meios telemáticos e ao tipo de organização que o trabalhador fará uso para a realização de seu ofício (FINCATO, 2018).

Foi estabelecido pela reforma trabalhista/2017 (Lei 13.467/2017), no art. 75-C da CLT, que a modalidade de emprego que se utiliza do regime de teletrabalho deve constar expressamente em contrato de trabalho. Firmou-se também que poderá ser convencionada a alteração desse regime para uma eventual função exercida de maneira presencial pelo empregado.

Mais uma vez, outro ponto a ser referenciado é o constante no art. 75-E da CLT, devendo o empregador cientificar e capacitar seus subordinados a seguirem os cuidados necessários ao exercício da atividade em teletrabalho.

Ademais, pontua o artigo 75-D do código celetista os ditames em relação à aquisição e manutenção dos instrumentos de trabalho. Porém, o que se

depreende dessa nova conjectura é que as partes possuem a prerrogativa obrigatória de acordar a respeito dos meios necessários para essa atividade. No entanto, Fincato pondera o momento em que é mencionado pelo texto legal as "despesas arcadas pelo empregado" e em relação ao seu reembolso:

> Mas o legislador também cita as despesas eventualmente arcadas pelo empregado, apontando que poderão ser reembolsadas pelo empregador. Que despesas seriam estas? A doutrina costuma apontar, como mais comumente arguíveis, os acréscimos nos encargos domésticos ordinários a que o trabalhador remoto será submetido por passar a laborar desde sua casa. Cita-se como exemplo, elevações nas despesas de energia elétrica, no consumo de gás, na telefonia e no uso da internet (FINCATO, 2018, p. 61 – 62).

Há de se presumir a grave inversão de valores identificada neste momento haja vista que o encarregado dos custos e riscos da atividade empresarial é, por consequência, o empregador. Entende-se que nesse aspecto a reforma trabalhista brasileira acabou por estabelecer a liberdade contratual entre as partes, em uma relação de emprego marcada pela desigualdade dos contratantes, restringindo assim a aplicação de normas de ordem pública protetivas do direito do trabalhador.

Além disso, outra crítica acerca do teletrabalho é o fato de que essa forma de prestação de serviços foi incluída no rol do art. 62 da CLT, que elenca as exceções de percepção das horas extras. Não é necessário empreender muito esforço cognitivo nesse tema para concluir que é uma grave violação aos direitos fundamentais (FILHO, 2018), por permitir que um teletrabalhador ultrapasse a jornada normal de trabalho (que no Brasil é de 8 horas diárias), sem a percepção de qualquer recompensa pelo labor expendido.

A Carta Magna já estabelece em seu art. 7º, inciso XVI (BRASIL, 1988), as remunerações referentes às horas extras em um patamar de, no mínimo, metade daquelas horas fixadas na jornada normal, significando que o limite da jornada ganhou o patamar de direito fundamental, voltado à preservação da vida do trabalhador.

No momento em que o legislador reformista enquadra qualquer atividade no rol do artigo 62 é de se presumir que o ofício em questão não é investido das condições necessárias para o monitoramento de sua jornada em nenhuma hipótese (FILHO, 2018), o que não acontece com o teletrabalho.

No entanto, pontua Rodolpho Pamplona Filho que é imprescindível a análise de cada caso concreto e, ainda, que os ditames do art. 62 não são irrefutáveis:

> As presunções fixadas no art. 62 da CLT possuem natureza relativa, não absoluta. É dizer: a discussão em torno do válido enquadramento em tal dispositivo está vinculada ao exame do quadro fático vivenciado na relação jurídica de direito material. Constatada a possibilidade de controle da jornada (nos casos externos) ou sua efetiva realização (no caso dos ocupantes de cargo de gestão), afasta-se a presunção relativa estabelecida no art. 62 celetista, reconhecendo-se a submissão dos trabalhadores ao regime geral de duração de labor (FILHO, 2018, p. 14).

Existem, por sua vez, ocasiões em que o teletrabalhador pode realizar o seu ofício de maneira tal que seu empregador consiga ter acesso à jornada efetivamente trabalhada pelo seu empregado. Logo, não deveria ocorrer a inclusão do teletrabalho neste rol, constando-se a grave inconstitucionalidade dessa nova relação de trabalho na medida em que a Lei 13.467/2017, em seu texto, exclui de maneira expressa a modalidade de emprego em teletrabalho no que tange às horas extras.

Quanto ao regime de trabalho na modalidade intermitente, uma outra inovação da reforma trabalhista/2017, também é possível afirmar de pronto que houve violação à Constituição Federal. A Consolidação das Leis do Trabalho trouxe a conceituação da modalidade de contrato de trabalho Intermitente no art. 443, §3º que menciona:

> Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria(BRASIL, 1943).

Percebe-se que a modalidade intermitente é um estilo que se diferencia das relações de trabalho mais conhecidas por não ser dotada de continuidade. Foi no art. 452-A que a reforma trabalhista/2017 depositou a grande maioria dos requisitos inerentes a essa relação de trabalho. Dentre todos os requisitos, importante destacar a imperatividade para a formalização do contrato por escrito e, também, o efetivo registro na carteira de trabalho, que de certa forma servem como prova que determinado trabalhador efetivamente é um empregado intermitente, constituindo-se assim em apenas requisitos de ordem burocrática.

O importante é destacar o art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho a discriminação das verbas a serem remuneradas ao empregado após cada período efetivamente trabalhado. E, também, o direito às férias no período de um mês, dentre os doze, oportunidade em que não poderá ser convocado por seu patrão. No entanto, embora garantidos os mesmos direitos que os trabalhadores em regime normal de trabalho, observa-se que por essa modalidade de trabalho o empregado somente receberá caso convocado pelo seu empregador, mediante trabalho efetivo, não sendo a ele garantido qualquer mínimo remuneratório no caso de não haver tal convocação.

Forma-se um vínculo de emprego que fica latente nos períodos de não convocação para o trabalho, nada gerando em termos de direito nesse período, tornando-se efetivo, com a geração de direitos a partir da convocação pelo empregador, sem qualquer garantia de convocação ou de períodos mínimos de convocação.

Observa-se que aqui ocorreu uma mudança de paradigma no trato da relação de trabalho, chegando ao ponto de alterar o próprio conceito de tempo à disposição do empregador para tempo de efetivo serviço. E, o contrato de trabalho intermitente funcionando de forma a criar uma "segunda classe" de empregados, ou seja, aqueles desguarnecidos da própria condição efetiva de trabalhadores permanentes.

O contrato de trabalho na modalidade intermitente representa a precarização dos direitos trabalhistas em essência, sendo evidente a sua inconstitucionalidade. De que maneira poderá o empregado intermitente planejar seus investimentos, suas despesas ou as necessidades que possui se não saberá ao certo quanto trabalhará consequentemente o quando receberá?

Feito isso, agora o presente estudo se dedicará à última nova forma de relação de emprego abarcada pela reforma trabalhista/2017, ou seja, a figura do trabalhador autônomo, que a princípio é possível perceber a contradição construída pela reforma.

Primeiramente se faz necessária a análise da definição jurídica do trabalhador autônomo, segundo os dizeres de Bezerra Leite:

> Autônomo propriamente dito é aquele que trabalha por conta própria, assumindo os riscos do negócio. Vale dizer, o trabalhador autônomo não transfere para terceiro o poder de organização de sua atividade, pois a desenvolve com discricionariedade, iniciativa e organização próprias, escolhendo o lugar, modo, o tempo e a forma de execução dos serviços. É

> o que ocorre com os profissionais liberais, como o médico em seu consultório, o advogado em seu escritório, o representante comercial autônomo ou qualquer outro profissional que trabalha por conta própria (LEITE, 2019, p.192).

Percebe-se que nessa modalidade o trabalhador não se subordina a um patrão, tampouco possui uma jornada previamente fixada e estática. O autônomo possui maior liberdade e autonomia para o desenvolvimento de suas funções no momento da prestação de serviços. A fim de cristalizar o entendimento em relação a essa distinção entre o trabalhador autônomo e o empregado, Arnaldo Sussekind expõe suas minúcias:

> O empregado distingue-se do trabalhador autônomo, porque, além de ficar juridicamente subordinado ao poder de comando do empregador, este é que assume todo o risco da atividade econômica empreendida. Já o autônomo executa o trabalho que contrata por vontade própria e assume o risco dessa atividade, explorando sua força de trabalho em seu benefício (SUSSEKIND, 2009, p. 18).

Trouxe a reforma trabalhista/2017 o art. 442-B com as seguintes afirmações: "A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação" (BRASIL, 1943).

O que se depreende é que a Lei nº 13.467/2017 (lei da reforma trabalhista/2017) trouxe situações em que a contratação de autônomo não acarreta a formação de vínculo empregatício que consta também na CLT. Tal situação traz a tona um cenário muito prejudicial ao trabalhador, Ebert traduz o que é afirmado no artigo 442-B e expõe as conjecturas que dele surge:

> Com isto, o dispositivo legal em referência estaria não apenas a permitir, no extremo, a formulação de contratos de prestação de serviços de duração indeterminada e com exclusividade entre trabalhadores que se autointitulam autônomos e seus tomadores de serviços, em uma tentativa de oficializar a burla ao ordenamento trabalhista e tributário (EBERT, 2017, p. 167).

Nesse mesmo sentido, aponta Trindade quanto à figura do trabalhador autônomo frente à Lei 13.467/2017 (lei da reforma trabalhista/2017):

> De forma absoluta, e sem nenhum esforço para conceituação, cria-se a figura do "trabalhador autônomo exclusivo" (art. 442-B), afastando-se "a qualidade de empregado". Também aqui se aparenta vontade de estabelecer caráter absoluto à semântica. Toda a orientação constitucional é de proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores, essencialmente de reconhecer a condição de empregado. Além de possível inconstitucionalidade, trata-se de

> figura de dificílima conceituação para se diferenciar de empregado, em suas conformações universais (TRINDADE, 2017, p. 472).

Formou-se um cenário bastante temerário para o trabalhador autônomo, haja vista que tal disposição contribui para a precarização das relações de trabalho ao passo que afasta ainda mais a possibilidade de o empregado reclamar seus direitos em situações fraudulentas. Aparenta ser extremamente contraditória essa conjectura, e é nesse aspecto que pontua Leal:

> A possibilidade de o trabalho autônomo ser prestado com exclusividade e continuidade é controversa, posto que, conquanto não caracterizem, isoladamente, o vínculo de emprego, são indícios de trabalho subordinado por conta alheia, por ser a exclusividade confundível com a dependência econômica do trabalhador para com o tomador de seus serviços e a continuidade muito semelhante a não eventualidade do empregado, da qual é presumida a subordinação havendo a inserção deste em atividade empreendedora alheia (LEAL, 2019, p.89).

A fala acima transcrita de Leal é muito pertinente, haja vista que os elementos "continuidade" e "exclusividade", por si só, não caracterizam vínculo empregatício. Porém, com a existência da exclusividade se presume que o trabalhador autônomo é dependente do tomador. Sendo assim, perceptível a inconstitucionalidade desse instituto.

Feito essas colocações, serão realizadas neste momento as comparações dos referidos institutos com o cenário jurídico europeu a fim de constatar se ocorreram os mesmos graus de precarização trabalhista.

O Direito Português não possuía, até o início dos anos 2000, uma sistematização acerca do teletrabalho em sua legislação trabalhista, existiam apenas algumas leis esparsas. A codificação dessa matéria foi concebida com o Código do Trabalho no ano de 2003 (BASTOS, 2014).

O artigo 165 do Código de Trabalho luso define o teletrabalho da seguinte forma: "Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação" (PORTUGAL, 2009), não possuindo muita diferença do que é já é positivado no Brasil.

O art. 168 do Código do Trabalho (PORTUGAL, 2009) estipula quanto aos instrumentos utilizados pelo teletrabalhador: Por sua vez, legislação portuguesa não transferiu integralmente ao empregado os custos e ônus da atividade empresarial no que diz respeito aos equipamentos utilizados pelo teletrabalhador.

Igualmente, Pamplona Filho efetua as seguintes ressalvas a partir da conjectura brasileira:

> A leitura do caput do citado artigo sugere a possibilidade de livre (questão sempre complexa numa relação social em que uma das partes é, por definição, hipossuficiente) estipulação acerca das despesas com equipamentos e infraestrutura, inclusive com a atribuição ao empregado da responsabilidade por seu custeio total (FILHO, 2018, p. 19).

Em relação a este tópico do teletrabalho, seria oportuno levar em conta a legislação portuguesa. O empregador é o encarregado dos custos da atividade empresarial não podendo delegá-la ao trabalhador.

Dessa forma, mais uma vez, torna-se importantíssimo trazer à pesquisa o conteúdo do Código do Trabalho Português que institui a igualdade no tratamento do teletrabalhador (PORTUGAL,2009).

Como já foi explicitado nesta monografia, o teletrabalhador brasileiro se encontra em situação desfavorável ante a sua inclusão no rol do art. 62 do código celetista. Importante ressaltar que a referida inclusão foi desprovida de qualquer embasamento, haja vista que conforme já também demonstrado neste capítulo, existem possibilidades de o empregador possuir acesso à jornada efetivamente trabalhada pelo empregado. Portanto, se torna imprescindível a superação deste cenário desigual.

No mesmo diapasão, é primoroso analisar o cenário espanhol a respeito do teletrabalho. Forteza e Stoltz expõem grandes marcos para a regulamentação do teletrabalho, passando pela OIT (sua Conferência nº 177), o Acordo Macro Europeu sobre Teletrabalho e sua posterior introdução ao ordenamento hispânico (FORTEZA, STOLTZ, 2015, p. 27).

Importante dar realce ao Acordo Internacional Confederativo de Negociação Coletiva de 2005 (AINC – 2005), momento em que foi modelada uma base principiológica e feita a inserção de alguns aspectos positivos no que tangem à regulamentação do teletrabalho na Espanha.

Porém, é necessário apontar um aspecto negativo proveniente da Reforma Laboral Espanhola de 2012 que alterou o Estatuto dos Trabalhadores:

> Conforme o artigo 6 da Lei n. 3/2012, que dá nova redação ao artigo 13 do ET, considera-se trabalho a distância "aquele no qual a prestação da atividade laboral se realize de maneira preponderante no domicílio do trabalhador ou em lugar livremente elegido por este, de modo alternativo a seu desenvolvimento presencial no centro de trabalho da empresa". A

> terminologia do ET mudou de "contrato em domicílio" para "trabalho a distância". Após esta alteração, seguramente já não cabe mais falar de uma modalidade contratual específica para esta forma de trabalhar. O trabalho a distância pode se integrar em qualquer modalidade contratual, mas não configura uma própria. Assim, deduz-se também, da leitura do artigo 13 do ET, que designa o "acordo", e não o "contrato de trabalho", como fundamento deste tipo de prestação de trabalho (FORTEZA, STOLTZ, 2015, p. 36).

Destacam também os autores que essa mudança promovida em virtude da Reforma Laboral promoveu um cenário de flexibilização:

> Precisamente, aqui, encontra-se a razão de fundo desta opção: mais flexibilidade para a organização empresarial. Mas, nem por isto, deixa de ser controvertido definir legalmente, desta maneira, o trabalho a distância, posto que a referência europeia vai em sentido contrário (FORTEZA, STOLTZ, 2015, p. 31).

Forteza e Stoltz tecem uma série de ressalvas e mencionam que tanto os esforços da OIT como o Acordo Macro Europeu sobre Teletrabalho não são suficientes para resguardar efetivamente os direitos trabalhistas. Ressaltam ainda a necessidade de se definir uma jornada de trabalho digna, concomitante à garantia dos descansos intrajornadas (FORTEZA, STOLTZ, 2015, p. 36).

Igualmente, destacam as dificuldades encontradas no ordenamento jurídico hispânico e, ainda, o fato de que na prática persiste um cenário de precarização de direitos trabalhistas:

> A nova redação do artigo 13 do ET demonstra claramente ambas dificuldades. No que diz respeito ao tempo de trabalho, limita-se a contemplar um trabalho presencial simultâneo a um a distância sem quantificação nem regulamentação alguma. No que se refere a salário, a legislação remete ao tratamento igual para o mesmo grupo profissional. Formalmente e em aparência, não há problemas com que se preocupar, pois, a que tudo indica, a normativa atual resolveu tais problemas, mas, na prática, certo é que ditos problemas persistem (FORTEZA, STOLTZ, 2015, p. 37).

Do mesmo modo, o tópico a ser analisado neste momento é o contrato de trabalho na modalidade intermitente em um diapasão mais alinhado à conjectura europeia. No ordenamento jurídico italiano o contrato de trabalho intermitente é editado apenas no ano de 2003 por meio do Decreto Legislativo nº 276 (NOGUEIRA, 2017). Na legislação italiana o contrato de trabalho intermitente é definido, de acordo com Nogueira:

> Referido Decreto Legislativo n. 81/2015, no § 1 o do art. 13, define contrato de trabalho intermitente como o contrato, também a tempo determinado,

> mediante o qual um trabalhador se coloca à disposição de um empregador que pode utilizar da prestação de trabalho de modo descontínuo ou intermitente, segundo as exigências individuais estabelecidas pelos contratos coletivos, também com referência à possibilidade de desenvolver prestações de trabalho em períodos predeterminados no arco temporal de uma semana, de um mês ou dentro de um ano. Na falta de contrato coletivo (leia-se negociação coletiva), os casos de utilização de trabalho intermitente serão individuados através de decreto do Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais (NOGUEIRA, 2017, p. 140 – 141).

Ademais, a lei italiana veda a contratação de trabalhadores intermitentes para suprir a falta de empregados que estejam exercendo seu direito de greve e também nas ocasiões em que tenha ocorrido dispensa coletiva na empresa anteriormente (NOGUEIRA, 2017). Talvez o aspecto mais importante da lei italiana no que tange ao trabalho intermitente esteja contido na fala de Nogueira:

> A lei estabelece, no art. 17, quais são os princípios de não discriminação aplicáveis com relação ao trabalhador intermitente, ou seja: o trabalhador intermitente não pode receber, para os períodos trabalhados e em igualdade de funções desenvolvidas, um tratamento econômico e normativo complexivamente menos favorável a respeito do trabalhador de mesmo nível (§ 1°); o tratamento econômico, normativo e previdenciário do trabalhador intermitente deve ser proporcional em razão da prestação laborativa efetivamente desenvolvida, em particular no que diz respeito à retribuição global e de cada componente desta, inclusive férias e em matéria de doença e infortúnio, licença gestante e licença-paternidade (§ 2°) (NOGUEIRA, 2017, p. 143).

Percebe-se por meio do trecho acima transcrito uma maior preocupação da legislação italiana no sentido de promover algum cenário favorável ao trabalhador intermitente. Leciona Nogueira:

> Observa-se, da lei atual italiana, que a matéria foi regulada de modo muito mais detalhado que a proposta brasileira, atentando-se para efeitos importantes da mesma dentro da relação empregatícia, que não deve ser utilizada como substituição de mão de obra permanente, o que resulta claro com a limitação do número de jornadas laborativas do trabalhador intermitente e vedação de seu uso por empresas que tenham efetuado recentes dispensas coletivas. Ao mesmo tempo, apresentou preocupação com relação a seus efeitos dentro do conjunto de outras normas, a exemplo das previdenciárias (NOGUEIRA, 2017, p. 144).

Possível aferir que o Decreto Legislativo italiano tratou dessa modalidade com um melhor zelo do que no cenário brasileiro. Há de se notar que o contrato de trabalho intermitente foi disposto no ordenamento italiano também com

menções às quantias previdenciárias, sendo esse tópico ausente na legislação brasileira.

Importante ponderar uma observação efetuada por Nogueira no que diz respeito às alternativas dentro da modalidade intermitente:

> A possibilidade de limitação subjetiva para utilização do trabalho intermitente poderia servir para garantir acesso ao mercado de trabalho de trabalhadores que, historicamente, possuem maior dificuldade de entrada, a exemplo dos jovens em busca da primeira oportunidade de trabalho, ainda vinculados às suas famílias e em fase de estudos universitários ou profissionalizantes, ou dos trabalhadores acima de determinada idade. No modelo italiano, como visto, é utilizado o parâmetro de 55 anos. No caso brasileiro, esta medida poderia auxiliar os empregados aposentados por tempo de contribuição que gostariam de manter-se vinculados a empregos ativos, mas fora de contratos a tempo pleno, viabilizando a conciliação entre vida pessoal e profissional, considerando-se que, neste caso, estes trabalhadores, em tese, já têm garantida remuneração mínima através da aposentadoria (NOGUEIRA, 2017, p. 146).

É mencionada uma limitação acerca do uso desta modalidade de contrato de trabalho, restringindo à algumas faixas etárias. Imperioso recordar que Nogueira faz a ressalva de auxílio de aposentados a se manterem em alguma atividade remunerada ante o fato de já receberem a aposentadoria.

Infelizmente, não tiraria o caráter de subemprego deste instituto, mas se mantém como uma possibilidade para se modificar a legislação brasileira precária de 2017.

Útil também estudar comparativamente o contrato de trabalho intermitente em face do direito português, onde essa modalidade de contratação gera o direito ao recebimento de uma "retribuição base" conforme os dizeres de Alves:

> Em Portugal o contrato intermitente é previsto e definido nos artigos 157º a 160º do Código do Trabalho. Importante destacar, de início, que a primeira definição, do artigo 157º do Código do Trabalho, concentra a intermitência na atividade exercida pela empresa: "Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade."4 O trabalhador tem direito a receber pelo menos 20% da retribuição base em razão do período de inatividade, conforme regra do artigo 160º do Código do Trabalho: "Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20

> % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição" (ALVES, 2019, p.56).

Como é observada no direito português, a instituição de uma renda base poderia ao menos diminuir a precariedade do contrato de trabalho intermitente no que diz respeito ao período de inatividade do trabalhador, resultando em uma tutela um pouco mais efetiva.

Alves ainda ressalta corretamente os ensinamentos de André Almeida Martins no que diz respeito da diferenciação entre duas modalidades de trabalho intermitente no direito português:

> A flexibilidade proporcionada por este novo instrumento do ordenamento jurídico-laboral resulta em grande medida daquilo que se pode caracterizar como as duas espécies ou submodalidades que o trabalho intermitente assume no CT 2009. Com efeito, resulta do regime dos artigos 158.º a 160.º do CT 2009 que o modelo de contrato de trabalho intermitente introduzido pelo legislador comporta quer o designado trabalho alternado, quer o trabalho à chamada, duas espécies de um mesmo género que apresentam diferenças significativas quer a nível do específico regime jurídico, quer sobretudo a nível da dinâmica entre flexibilidade e repercussão das relações laboral na esfera da vida privada do trabalhador. No n.º 1 do artigo 159.º do CT 2009 é delineada a distinção entre estas duas submodalidades do trabalho intermitente, na medida em que, por um lado, se permite que as partes estabeleçam no contrato "a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado", definindo também "o início e termo de cada período de trabalho", assim optando pela submodalidade do trabalho alternado, ou então, por outro lado, e num registo de maior flexibilidade e incerteza, escolham antes a "antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele", o que caracteriza o núcleo essencial do chamado trabalho à chamada (ALVES, 2019, p. 57 apud MARTINS, 2012, p.76).

Na primeira hipótese existe uma maior "previsibilidade" no que concerne ao chamamento do empregado para a realização de seu ofício, considerando que o empregador possui as condições para prever a necessidade de preenchimento de vagas de trabalho. Porém, no segundo caso, há uma grande "imprevisibilidade", dependendo muito mais da urgência do empregador (ALVES, 2019). Logo, percebe-se que também existe um grau de precarização no cenário português, momento em que o trabalhador acaba por depender de uma chamada imprevisível ou incerta, contudo, em um grau menor se comparado com a normativa brasileira.

Por último, cabe agora o estudo comparado com a figura do trabalhador autônomo exclusivo, em comparação com as perspectivas dadas pelo direito

europeu. O foco aqui se direcionará para o modelo da "parassubordinação" existente no direito italiano.

Poderia se tornar uma alternativa para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto da "parassubordinação", haja vista que se distingue da prestação de serviços realizada por um trabalhador autônomo genuíno e ao mesmo tempo tenta proteger em face da sua hipossuficiência. Silva pontua:

> Por conceito tradicional de trabalho autônomo entende-se aquele formulado a partir das instituições de Direito Romano, segundo o qual nessa relação de trabalho o trabalhador assume a obrigação de produzir um determinado resultado. Essa obrigação, assim, está fadada a se extinguir no exato momento de sua execução e da consequente satisfação do interesse do contratante. Porém, distinta é a situação em que o trabalhador assume a obrigação de atingir uma série de resultados consecutivos, coordenados entre si e relacionados a interesses mais amplos do contratante, interesses que não estão limitados aos que derivam de cada prestação individualmente considerada (SILVA, 2002, p. 197).

Ademais, importante frisar que o trabalho "parassubordinado" possui certos requisitos:

> O primeiro elemento é o da continuidade da relação de trabalho: a prestação de serviços deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes (...) o segundo elemento caracterizador do trabalho parassubordinado é a natureza pessoal da prestação dos serviços, que deve preponderar. O prestador dos serviços até pode se valer do auxílio de outras pessoas, mas dentro de certos limites. Sendo assim, o trabalho desses auxiliares deve ser apenas complementar, o que significa que a principal carga de atividades deve ser desenvolvida pelo prestador pessoalmente contratado (...) a ideia de colaboração está diretamente vinculada às anteriores quando se fala em trabalho parassubordinado, na medida em que pressupõe uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional (...) elemento de colaboração entre os sujeitos da relação jurídica, assume relevância a idéia de coordenação, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação dos serviços. Genericamente, o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços (SILVA, 2002, p. 196 – 199).

Dessa forma, ao analisar seus pressupostos é possível inferir que se trata de uma prestação de serviços contínua, pessoal e colaborativa. Ademais, o elemento mais importante a ser destacado do trabalho parassubordinado seria a colaboração (SILVA, 2002, p. 198 – 199).

Percebe-se a autonomia presente em ambos os segmentos: o trabalhador e o empregador. A relação parassubordinada se difere da subordinada por conta da ausência do elemento da autonomia por assim dizer. E tal instituto poderia vir a ser uma alternativa para o ordenamento jurídico brasileiro, com um grau menor de precarização se comparado com o trabalhador autônomo "exclusivo".

Concluindo, as mudanças criadas pela reforma trabalhista/2017 no que dizem respeito ao trabalhador autônomo, poderiam levar em conta também ao instituto da "parassubordinação", da legislação italiana. Uma proposta de coexistência de modelos levando em conta as realidades do trabalhador autônomo em uma situação de prestação de serviços contínuos e com o objetivo de alcançar determinadas metas em um mesmo grau de colaboração.

Mais uma vez é importante frisar, por se tratar da tônica desse estudo, que a evolução tecnológica, que consequentemente modificou os meios e a forma de se produzir, as necessidades constantes de serem construídas novas formas de prestação de serviço não podem servir ou fundamentar a precarização das relações de trabalho.

Relevante ser destacado é o fato de toda a atividade econômica ter como finalidade a produção de bens sociais, na forma do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. Delgado ressalta que o ápice constitucional brasileiro se deu, dentre outros fatores, ao enaltecer o princípio da valorização do trabalho (DELGADO, 2007, p. 14). Porém, de acordo também com a Carta Magna, o Estado brasileiro é moldado em uma sociedade capitalista, baseado na livre iniciativa, não sendo esses últimos contrários à valorização do trabalho.

É justamente sobre esse aspecto que se questiona: como então poderá o cidadão inserido nessa mesma sociedade capitalista adquirir condições de uma vida digna senão pelos frutos de seu trabalho? Deteriorar as relações trabalhistas e suprimir direitos fundamentais não se parece com o caminho a ser percorrido para a almejada dignidade humana.

Isto posto, imprescindível mencionar que o vínculo de emprego se mantém como a principal maneira de afirmação do indivíduo na sociedade capitalista sendo tutelado pelo Direito do Trabalho (DELGADO, 2007). De acordo com esse contexto, Lourival Oliveira faz a seguinte ressalva:

> Sendo assim, não cabe qualquer assertiva sobre a eventual possibilidade de confronto de princípios constitucionais, no caso a livre-iniciativa e a valorização do trabalho humano. A Constituição Federal consagra o

> princípio básico da ordem capitalista, que é a iniciativa privada, e, ao mesmo tempo, dá prioridade ao valor trabalho humano sobre os demais valores. Conjugando os dois princípios, a liberdade econômica só deve existir e ser exercida quando do interesse da justiça social. O que implica necessariamente a presença do Estado regulador e em alguns casos interventor (OLIVEIRA, 2011, p.24 – 25).

Muito pertinentes os dizeres de Oliveira, haja vista que os princípios constitucionais não podem se confrontar, mas sim, coexistir de maneira harmônica. Sacrificar os direitos trabalhistas com reformas que trazem os tipos de "inovações" que foram demonstradas e analisadas neste trabalho promoverá o retrocesso social.

CONCLUSÃO

Quanto à reforma trabalhista brasileira de 2017, restaram devidamente comprovadas neste artigo uma parte de suas inconstitucionalidades. Os institutos aqui abordados pertencentes à lei 13.467/2017 (lei da reforma trabalhista) vão no sentido contrário da tutela à dignidade humana e da proteção aos direitos resultantes do trabalho. Percebe-se, também, que a precarização das relações de trabalho no Brasil se deu em um grau demasiadamente acentuado quando em comparação com algumas legislações europeias em estudando institutos semelhantes.

De uma forma mais pontual, tocante ao teletrabalho, foi possível verificar que no contexto português essa modalidade de emprego está codificada de maneira menos precária, não ocorrendo a transferência dos riscos da atividade empresarial para o trabalhador como ocorreu no Brasil. No direito espanhol foi constatada uma flexibilização na positivação do teletrabalho. Entre inúmeros desafios, há de se destacar a dificuldade em estabelecer uma jornada de trabalho digna para o teletrabalhador.

Em relação ao contrato de trabalho intermitente, ficou demonstrado que se trata de uma afronta aos direitos fundamentais resultantes do trabalho. Porém, interessante que na conjectura europeia a codificação do trabalho intermitente possui algumas garantias que são inexistentes no que concerne ao que foi adotado pelo Brasil, levando-se à conclusão que a precarização aqui ocorrida foi em maior grau, afetando quase por completo as mínimas garantias constitucionais estabelecidas para o empregado.

Ao se debruçar na figura do trabalhador autônomo "exclusivo" criado pela reforma trabalhista/2017, foi possível ponderar que talvez um melhor caminho a seguir seja o instituto da "parassubodirnação" proveniente do direito italiano.

Por fim, o que restou comprovado com o término do presente artigo é que tanto o ordenamento jurídico brasileiro como o europeu foram vítimas de um processo de precarização dos direitos resultantes do trabalho nas últimas décadas. No entanto, o grau de agressividade e de desconstrução dos direitos sociais, em especial a partir da reforma trabalhista/2017 se deu com maior intensidade e profundidade, podendo ser nominado como um processo de desconstrução histórica dos direitos sociais.

REFEFÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 8, n. 11, p. 7-35, jun. 2019;

BASTOS, Mariana Candini. A Questão da Subordinação no contexto do Teletrabalho e seus Reflexos: Uma Análise Comparada entre Brasil e Portugal. Universidade do Minho, Biblioteca da Universidade do Minho, 2014. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44571/1/Mariana%20Candini%20Bastos.pdf>. Acessado em: 11/05/2020, 20:00;

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 11/05/2020, 09:20;

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho 1943. Decreto Lei nº 5.452 de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em: 11/05/2020, 19:30;

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas. disponível: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acessado em: 11/05/2020;

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR, 2010;

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição federal de 1988. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 81, n. 10, p. 1182-1193, out. 2017.

Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/121671/2017_ebert_paulo_trabalho_autonomo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 11/05/2020, 11:00;

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. Forense, Rio de Janeiro: 2015;

FILHO, Rodolfo Pamplona. Tecnologia da Informação e as Relações de Trabalho no Brasil: o Teletrabalho na Lei nº 13.467/2017. Revista Magister de Direito do Trabalho nº 84, p. 6 – 30, 2018;

FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. Revista Magister de Direito do Trabalho nº 82, p. 52 – 65, 2018;

FORTEZA, Jesus Lahera; STOLZ, Sheila. Igualdade de tratamento e não discriminação no trabalho: ponderações sobre a nova legislação espanhola sobre teletrabalho. Rio Grande: Editora da FURG, 2015. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40721668/VOLUME-05.pdf?response-content->. Acessado em: 1205/2020, 15:30;

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de Informação Legislativa, Brasília: 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acessado em: 11/05/2020, 18:00;

LEAL, Diego Pinto de Barros. Trabalhador Autônomo Exclusivo: Maior Segurança Jurídica para o Contratado ou Melhor Disfarce para a Relação de Emprego?. Revista Labore, ano II, Nº 3, 2019. Disponível em:<https://thaismoret.com.br/trabalhodigno.org/laborare/index.php/laborare/article/view/36/25>. Acessado em: 11/05/2020, 17:00;

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

MARTINS, André Almeida - O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral : o regime do Código de Trabalho. Leiria: Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2012. pp. 66-97. Comunicação apresentada no "I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, 2009". Disponível em: < https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>. Acessado em: 13/05/2020, 12:20;

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região,

2017.Disponível:<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125435/2017_nogueira_eliana_contrato_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 11/05/2020, 16:40;

OLIVEIRA, Lourival José de. Direito do Trabalho segundo o Princípio da Valorização do Trabalho Humano. Editora: LTR. Ano: 2011;

PORTUGAL. Código do Trabalho Português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1047&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acessado em: 11/05/2020, 15:40;

SILVA, Otávio Pinto e. O Trabalho Parassubordinado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002. Disponível em: http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67540/70150. Acessado em: 13/05/2020, 13:20;

SÜSSEKIND, Arnaldo. Da Relação de Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 75, 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13698/001_sussekind.pdf?sequen>. Acessado em: 11/05/2020, 17:30;

TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista: Riscos e Inseguranças de Aplicação. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, p. 471 – 478, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127096/2017_trindade_rodrigo_reforma_inseguranças.pdf?sequence=1>. Acessado em: 11/05/2020, 19:40.

EL DERECHO A SER CUIDADO Y LOS DERECHOS DE CUIDADORES DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN EL MODELO ESPAÑOL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

Almudena Rascón Alcaina
Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Estudios de Derecho y Ciencias Políticas
Barcelona, España
almudenarasal@gmail.com

Resúmen: En las últimas décadas, en el ámbito internacional, se han desarrollado instrumentos jurídicos que avanzan en la protección de los derechos sociales de personas con dependencia provocando que la sociedad comience a demandar mayor protección para este grupo poblacional, y modelos de atención a la dependencia basados en la perspectiva del enfoque de derechos humanos. En paralelo, los avances en la protección de los derechos de las mujeres han permitido, entre otros aspectos, su incorporación al ámbito laboral. Este acontecimiento ha supuesto cambios en la configuración de las sociedades que están viviendo la ruptura de los tradicionales roles de género, así como la desaparición de los modelos familiares tradicionales que sustentaban la función del cuidado de las personas con dependencia. Considerando los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que garantizan los derechos de las personas con dependencia, de las mujeres, y del ámbito laboral; esta investigación busca analizar si el actual modelo español de atención a la dependencia garantiza el derecho a ser cuidado y los derechos de los cuidadores. Para ello, se desarrollará el derecho a ser cuidado, los derechos de los cuidadores desde una perspectiva laboral y de género, los modelos familiaristas y no familiaristas, y en este contexto, se evaluará si el modelo de atención a la dependencia en España garantiza dichos derechos.

Palabras-clave: Dependencia, cuidados, mujeres, discapacidad, personas mayores, trabajo.

Abstract: In recent decades, international legal instruments have been developed to advance in the protection of the social rights of dependent persons, causing society to demand greater protection for this population group, and dependency care models based on the perspective of the human rights approach. In parallel, advances in the protection of women's rights have allowed, among other aspects, their incorporation into the labor market. This event has led to changes in the configuration of societies that are experiencing the breakdown of traditional gender roles, as well as the disappearance of traditional family models that supported the function of caring for dependent people. Considering the national and international legal instruments that guarantee the rights of dependents,

women, and labor rights; this research seeks to analyze whether the current Spanish dependency care model guarantees the right to be cared and the rights of caregivers. To do this, the right to be cared, the rights of caregivers from a labor and gender perspective, family and non-family models will be analyzed, and, in this context, it will be evaluated whether the dependency care model in Spain guarantees these rights.

Key-Words: International Rights, Dependency, care, women, disability, older people, labor rights.

INTRODUCCIÓN

La creación de sistemas de atención a la dependencia responde a la necesidad mundial de garantizar los derechos de las personas con dependencia a través de mecanismos de protección social que los resguarden de los cambios demográficos y sociales.

La sociedad española no se encuentra ajena a las transformaciones demográficas que el mundo atraviesa. La situación demográfica en España está viviendo un proceso de envejecimiento que supone un aumento considerable de personas en situación de dependencia. Además, en las últimas décadas, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, se han ido desarrollando instrumentos jurídicos que avanzan en la protección de los derechos de estas personas con dependencia.

Estos dos hechos han provocado que la sociedad comience a demandar protección social para este grupo poblacional, y modelos de atención a la dependencia basados en la perspectiva del enfoque de derechos humanos.

En paralelo, es importante relevar los avances en la protección de los derechos de las mujeres que han permitido, entro otros muchos aspectos, su incorporación al ámbito laboral. Este acontecimiento ha supuesto cambios notables en el mercado laboral, pero también en la configuración de las sociedades que están viviendo la ruptura de los roles tradicionales de género y la división sexual del trabajo, así como la desaparición de los modelos familiares tradicionales que sustentaban la función del cuidado de las personas con dependencia.

Ante este marco contextual, la hipótesis de esta investigación es la siguiente: El sistema de atención a la dependencia español no garantiza los derechos de las personas con dependencia y de los cuidadores considerados en los instrumentos jurídicos internacionales.

Para confirmar o refutar esta hipótesis, la investigación se realizará en base a una metodología lógica deductiva, utilizando las fuentes de derecho nacionales e internacionales para evaluar el marco de derecho pertinente; así como estudios e investigaciones académicas realizadas sobre el tema.

En primer lugar, se desarrollará el derecho a ser cuidado. En base al principio de autonomía personal como fundamento para el ejercicio de los derechos y la vida digna, se evaluará su alcance para las personas con dependencia, y cómo deriva en la obligación positiva del Estado de ofrecer apoyos concretos para su efectiva garantía. Entre estos apoyos, el estudio se enfocará en la asistencia personal y los cuidados.

En segundo lugar, se revisará el marco de derecho internacional en el que se insertan los cuidadores, considerando que las tareas del cuidado, como prestación de servicios a un tercero, son un trabajo formal; y que estas tareas son principalmente realizadas por mujeres. Este acercamiento se realizará desde la perspectiva laboral y desde la perspectiva de género, con el fin de incorporar una visión más amplia de los derechos de los cuidadores.

En tercer lugar se analizarán los modelos familiaristas y no familiaristas del Estado de Bienestar desde una perspectiva de género.

Finalmente, se realizará una revisión del modelo de atención a la dependencia español. En ella se evaluarán los servicios de cuidados y asistencia personal a personas con dependencia y su incidencia, en la práctica. Para ello se analizará la legislación española vigente, la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

1. Derecho a ser cuidado

La autonomía se considera como "presupuesto y fundamento de los derechos" (ASÍS, 2008, p. 1). Los derechos tienen como aspiración el logro de una vida humana digna, es decir, "cuando el ejercicio de la libertad de elección, orientado hacia el logro de un plan de vida, se lleva a cabo de manera satisfactoria para la persona" (ASÍS, 2008, p. 45). En este marco, "la independencia se considera un ideal que cobra sentido desde el reconocimiento y la satisfacción de la autonomía" (ASÍS, 2010, p. 1).

La Ley española 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia entiende por el concepto de autonomía:

> La capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria. (Artículo 2)

En contraposición al principio de autonomía se encuentra la condición de dependencia. La dependencia es causada por la edad (niños hasta los 18 años) o por condiciones que provocan que una persona no pueda tomar decisiones y ejercer sus derechos en plenitud con autonomía. En particular, este estudio se centrará en la población con discapacidad y/o mayor; población que, por su condición de dependencia en determinadas dimensiones de su vida, requiere de apoyos para ser autónomos.

La legislación española[1] entiende por dependencia:

> El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

Con el fin de comprender el enfoque de derechos humanos, es importante recurrir al desarrollo del derecho de las personas con discapacidad. Con el surgimiento y empoderamiento del movimiento social de la discapacidad en las últimas décadas se ha puesto sobre la mesa la necesidad de dejar de considerar la discapacidad únicamente en el sujeto, como el modelo rehabilitador plantea; y considerar la discapacidad como una cuestión social (Palacios, 2008):

- El modelo rehabilitador o modelo médico es un modelo que considera la discapacidad únicamente en el sujeto, y propone que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad solo en la medida en que sean rehabilitadas o "normalizadas". Desde este modelo se entiende que la "no-funcionalidad" de una persona a la hora de llevar a cabo ciertas actividades de la vida diaria la hace "discapacitada".

[1] Art. 2 de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

- El modelo social o de enfoque de derechos de la discapacidad se basa en el fundamento de que las causas que originan la discapacidad no son individuales de la persona con discapacidad, sino que son sociales por la manera en que se encuentra diseñada la sociedad. De esta forma, la discapacidad está ubicada en la interacción entre el sujeto y el entorno. Desde este modelo, la autonomía de una persona puede estar causada por elementos ajenos a su discapacidad, y, por lo tanto, necesita de apoyos para ejercer su autonomía.

El hito más importante desde el punto de vista de los derechos humanos es la proclamación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006, la cual indica que:

> Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Artículo 1)

La Convención introduce el concepto de autonomía en su artículo 19 y señala que los Estados Parte deben garantizar el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Para ello, se plantea que los Estados Parte deben adoptar medidas como tener acceso "a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación" (Artículo 19 de la Convención).

La Observación núm. 5 de la CDPD sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad concreta que "vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten" (Párrafo 16).

En base al modelo social imperante en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006, Becker y Reinhard (2018, p. 4) plantean que una persona que no puede realizar las Actividades de la Vida Diaria (AVD), ya sea una persona con discapacidad, una persona mayor, o una persona que temporalmente se ha visto limitada en su funcionalidad; puede, al mismo tiempo, ser una persona con discapacidad, ya que es muy probable que un déficit funcional le impida la participación social igualitaria. Por lo tanto, en lo que respecta a la política y los beneficios sociales, las medidas relacionadas con la discapacidad, por un lado, y las medidas relacionadas con la dependencia del otro, solo pueden

distinguirse entre sí en términos de su funcionalidad específica: mientras que las primeras tienen como objetivo incluir a personas con discapacidad, las segundas tienen como objetivo proporcionar apoyo para ayudar a las personas con dependencia con el desempeño de las AVD.

La Observación Nº 5 del Comité amplía este concepto señalando:

> La vida independiente es una parte esencial de la autonomía y la libertad de la persona y no significa necesariamente vivir solo. Tampoco debe interpretarse únicamente como la capacidad de llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo. Por el contrario, debe considerarse como la libertad de elección y de control, en consonancia con el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual (…). La independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas (Párrafo 16).

Considerando el concepto de dependencia como falta de autonomía desde el punto de vista del modelo social, es posible construir un derecho a la protección y promoción de la autonomía personal, el cual contiene dos partes (ASÍS, 2010, p. 2):

- Por un lado, se plantea la protección y promoción del derecho a la autonomía personal de personas independientes, la cual considera una obligación negativa por parte del Estado, es decir, un contenido de no intervención y respeto por el proceso de elección autónoma de los individuos.

- En el caso de la protección y promoción de la autonomía personal en personas en situación de dependencia, la obligación del Estado es positiva, en tanto que debe de darse una diferenciación de trato que supere la situación específica del colectivo que vive una discriminación concreta, convirtiéndose así en un derecho a la autonomía.

> Este derecho, de manera genérica, vendría a proteger a aquellos que se encuentran en una situación de dependencia proporcionando servicios y asistencia para el desarrollo de sus actividades fundamentales de la vida diaria, y para el correcto ejercicio de sus derechos (ASÍS, 2010, p. 4).

En base a esta idea, el desarrollo de legislación y políticas públicas para garantizar el derecho a la autonomía personal de las personas con dependencia deberá considerar políticas específicas de apoyo a la dependencia con intermediarios: apoyos tecnológicos y asistencia personal. El objetivo máximo de estas políticas públicas es ofrecer apoyos que finalmente permitan a las personas

con dependencia ser autónomas para tomar decisiones y hacer efectivos sus derechos.

En definitiva, el derecho a la autonomía es de titularidad universal, aunque sólo es efectivo cuando la persona se encuentra en la situación de dependencia que daña el desarrollo de su vida humana digna; y conlleva una serie de obligaciones: prestaciones económicas, asistenciales y sanitarias. El principal obligado a garantizar este derecho y a satisfacerlo es el Estado de forma directa (ASÍS, 2010, p. 4).

En esta línea, Eichnern (2010) señala la necesidad de reconocer la dependencia como una condición humana que demanda la acción positiva del Estado para mantener la dignidad humana:

> Deeming the state to have the responsibility to support caretaking and development accords with treating liberalism as deeply grounded in respect for human dignity. It is because of this fundamental respect for de the dignity of human beings that, when we conceive of humans as able adults who have capacity to direct the course of their lives, causes us to value autonomy. Once we recognize the fact of dependency in the human condition, that same respect for human dignity also demands valuing caretaking and human development (EICHNER, 2010, pp. 77-78)

De acuerdo con esta perspectiva de derecho, el Estado es el que debe tomar acciones positivas en favor de asegurar el ejercicio de la autonomía a personas con dependencia a través de mecanismos de bienestar social como lo es la seguridad social. El Convenio Nº 102 (1957) de la Seguridad Social de la OIT es el principal instrumento en el que se incluye un set de riesgos sociales y sus respectivos beneficios sociales: salud, maternidad, desempleo, vejez, accidente laboral, familia, invalidez, y muerte. No obstante, la necesidad de apoyo para personas con dependencia no es mencionada. Esta misma omisión ocurre en la legislación de la Unión Europea, la cual se realizó en base a los instrumentos jurídicos de la OIT y tampoco ha sido modificada hasta el día de hoy (BECKER y REINHARD, 2019, p. 5).

No obstante, a nivel europeo, cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Molenaar (1998), la cual interpretó los "beneficios por enfermedad" ampliando el ámbito de aplicación de la normativa de coordinación a los beneficios diseñados para desarrollar la independencia de las personas que dependen de cuidado (Párrafos 22, 23, y 24).

Como se puede observar, este concepto de apoyo a la autonomía de personas con dependencia, la creación sistemas estatales de cuidados y la investigación acerca del cuidado en distintos ámbitos académicos es reciente en el tiempo. No es hasta los años sesenta del siglo XX cuando comienza a investigarse el cuidado como trabajo no remunerado. La reciente investigación sobre el cuidado, y la amplitud epistemológica del término "cuidado" ha provocado que exista una gran variedad de definiciones "dispersas y difícilmente comparables", que engloban concepciones más o menos generales en función del propósito último del estudio (DURÁN, 2018, p. 24).

En 2018, la OIT presenta su primer estudio estadístico sobre el trabajo del cuidado, en el que lo define como:

> Activities and relations involved in meeting the physical, psychological and emotional needs of adults and children, old and young, frail and able-bodied (OIT, 2018, p. 6).

En esta misma línea, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2006) considera que el cuidado debe entenderse como un derecho asumido por la comunidad y prestado mediante servicios que maximicen la autonomía y el bienestar de las familias y los individuos, con directa competencia del Estado.

2. Derecho de los cuidadores

Históricamente, el trabajo de cuidados no ha sido reconocido como un trabajo formal. La tarea de cuidados es un trabajo realizado, en su mayoría en el ámbito del hogar, tradicionalmente de forma no remunerada, y surge "como obligación a la que el sujeto ha de someterse en función de su pertenencia a un colectivo socialmente construido sobre criterios de sexo" (DURÁN, 2012, p. 205).

La OIT reconoce que la prestación de servicios de cuidados no remunerada se considera un trabajo, ya que:

> El trabajo comprende todas las actividades realizadas por personas de cualquier sexo y edad con el fin de producir bienes o prestar servicios para el consumo de terceros o para uso final propio. a) El trabajo se define independientemente de la legalidad de la actividad y de su carácter formal o informal. (OIT, 2018, p. 1).

Entendiendo que la prestación de servicios de cuidados es un trabajo y que tradicionalmente es una actividad asumida por las mujeres, se analizará la

situación de los cuidadores en el derecho internacional y nacional desde el punto de vista laboral y de género.

Perspectiva Laboral

Desde un punto de vista laboral, existen distintos textos de derecho que afectan de forma directa e indirecta a la situación de los cuidadores.

En primer lugar, la Observación núm. 5 del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad define "asistencia personal" como

"el apoyo humano dirigido por el interesado o el 'usuario' que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente" (Párrafo 16 d)

Esta misma Observación, se indica que uno de los elementos diferenciador de esta ayuda es que:

> La financiación de la asistencia personal debe proporcionarse sobre la base de criterios personalizados y tener en cuenta las normas de derechos humanos para un empleo digno. Debe estar controlada por la persona con discapacidad y serle asignada a ella para que pague cualquier asistencia que necesite. Se basa en una evaluación de las necesidades individuales y las circunstancias vitales de cada persona. Los servicios individualizados no deben dar lugar a una reducción del presupuesto ni a un pago personal más elevado. (Párrafo 16 d)

Asimismo, el avance por el reconocimiento del trabajo de cuidados se ha realizado de forma intensa por parte de la OIT, destacando el Convenio Nº 189 de la OIT (2011) sobre trabajadores y trabajadoras domésticas, junto con la Recomendación 201. El Convenio Nº 189 reconoce "la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial" y agrega que esto aumenta "las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad" (artículo 1). Además, garantiza los derechos laborales mínimos de los trabajadores y trabajadoras domésticos. Aunque supone un gran avance en este aspecto, España no ha ratificado el Convenio a día de hoy.

Previamente, la OIT adoptó el Convenio Nº 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato con trabajadores con responsabilidades familiares (1981), que se enfoca en trabajadores con responsabilidades hacía hijos a su cargo y hacia

otros miembros de su familia directa que necesitan cuidado o sostén, "cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella" (artículo 1). Este Convenio sí ha sido ratificado por España en 1985.

Al hablar de los derechos de los cuidadores desde el punto de vista laboral, es importante hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), en concreto, a los artículos 7, 8 y 9. Teniendo en cuenta que el trabajo de cuidados es un trabajo, es necesario considerar que los Estados Miembros de este Tratado deben garantizar los siguientes derechos: derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (remuneración equitativa, tiempo libre y horarios limitados); derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección; y derecho a la seguridad social.

Respecto a este tema, a nivel regional únicamente existe un caso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso Radi and Gherghina v. Romania (2016). En este caso, la demandante es una asistente personal del cuidado empleada por un familiar con discapacidad severa, que alega que el plan de asistencia personal impone una carga desproporcionada, equivalente al trabajo forzoso y obligatorio lo que supone una violación del artículo 4 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado), sobre los familiares de las personas con discapacidad que actúan como asistentes personales. El caso se declaró inadmisible, pero hace mención explícita a la relación entre el cuidado y la prohibición del trabajo forzoso.

Perspectiva de Género

Desde el punto de vista de género, el cuidado es un trabajo que realizan las mujeres. Así lo demuestran las estadísticas internacionales que existen al respecto. La OIT (2018) advirtió que la fuerza de trabajo mundial dedicada a la prestación de cuidados asciende a 381 millones de trabajadores, lo que representan el 11,5% del empleo mundial total, el 19,3% del empleo femenino mundial y el 6,6% del empleo masculino mundial.

En concreto, respecto a cuidadores informales, la OIT indica que el trabajo de cuidados no remunerado supondría un 9% del PIB mundial. Del total de trabajo de cuidados no remunerados a escala mundial, aproximadamente el

76,2% es realizado por mujeres. Además, el mismo informe señala que las mujeres que viven con personas con dependencia son más propensas a realizar más trabajo de cuidado no remunerado y tienen menos probabilidades que otras mujeres y, en general, que hombres para ser empleados y tener trabajos de buena calidad.

La situación internacional del cuidado y su relación con la división sexual del trabajo obliga a revisar los principales instrumentos normativos internacionales en relación con la discriminación y desigualdad de género.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2) y el PIDESC (artículo 3) consideran el derecho a la no discriminación por cuestión de género. De forma más concreta, la CEDAW (1979) señala:

> La expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta discriminación de género aplicada al ámbito laboral es un tema que viene preocupando al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En las Observaciones Finales del informe periódico de España (2009) señaló que al Comité le preocupa el "predominio de mujeres en empleos temporales y a tiempo parcial, debido a su rol tradicional de cuidadoras de niños y ancianos" (Párrafo 23).

Por su parte, la OIT también desarrolló dos convenios relevantes para el tema del cuidado desde la perspectiva de género. En primer lugar, el Convenio Nº 100 sobre la igualdad de remuneración (1951) el cual establece que todos los miembros parte deberán promover y, en la medida de lo posible, garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración, para mano de obra masculina y femenina, por trabajo de igual labor. En segundo lugar, la OIT tiene el Convenio Nº 111 sobre la discriminación (1958) que incorpora la obligación de llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades de trato en materia de empleo y ocupación, con el fin de eliminar cualquier discriminación.

Finalmente, cabe destacar que el Objetivo 5 de la agenda 2013 para el Desarrollo Sostenible también hace referencia al tema de los cuidados desde una perspectiva de género: "Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas":

> Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país (Meta 5.4 del Objetivo 5).

3. Modelos familiarista y no familiarista e Europa

En 1990, Esping-Andersen publica su estudio sobre los Estados de Bienestar desarrollando tres modelos de estado de bienestar: liberal, conservador y socialdemócrata. En este estudio, Esping-Andersen (1990, p. 41) plantea que estos modelos se crean bajo el modo combinado e interdependiente de relaciones entre el estado, mercado y familia. Bajo este mismo precepto, se puede entender entonces que la organización social de cuidado y el reparto de su trabajo implica una distribución de la responsabilidad de la provisión de bienestar:

> Entre el cuidado institucional, el provisto por el mercado laboral y el cuidado en los hogares hay una relación dinámica: cualquier cambio en uno de los subsistemas del cuidado afecta inmediatamente al otro y al conjunto (DURÁN, 2018, p. 27).

La investigación feminista ha planteado un problema a esta publicación en su aplicación a los cuidados de larga duración, destacando la falta de atención al género en este debate, que ignora los roles de mujeres y hombres en las familias y en la provisión de bienestar (ARRIBA y MORENO, 2009).

En 1999, Esping-Andersen publica una actualización de su estudio en el que incorpora la importancia de la familia y una reconceptualización de ésta en su propuesta, destacando que la familia es "un actor de suma importancia, cuyas decisiones y comportamiento influyen directamente en el estado del bienestar y el mercado de trabajo, al tiempo que se ven influidos por ellos" (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 53).

En esta actualización define el término familiarismo para aludir a un estado de bienestar que asigna un máximo de obligaciones de bienestar a la unidad familiar. Por su parte, desfamiliarización es el concepto que describe aquellas políticas que reducen la dependencia individual de la familia, y que maximizan la disponibilidad de los recursos económicos por parte del individuo independientemente de las reciprocidades familiares o conyugales (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 66).

En línea con esta propuesta, Leitner (2003) distingue y ejemplifica las políticas familiaristas y desfamiliaristas. Las primeras tienen como objetivo reforzar la función de cuidados de la familia y pueden ser: Derechos de tiempo (licencias parentales y de cuidado), transferencias directas e indirectas para el cuidado (beneficios en efectivo y reducciones de impuestos, y, derechos sociales vinculados a la prestación de cuidados (derechos de pensión individuales, inclusión en otros esquemas de seguridad social o derechos derivados para cónyuges.

Por su parte, las políticas desfamiliaristas buscan liberar a la familia de su función de cuidado a través de la provisión pública de cuidado o servicios sociales, y/o provisión de cuidado a través del mercado.

En este contexto, Leitner (2003, p. 358) propone cuatro tipos de familiarismo:

> 1)Familiarlismo Explícito: Fortalece a la familia en el cuidado y carece de la provisión de cualquier alternativa al cuidado familiar.
>
> 2)Familiarismo Opcional: Fortalece a la familia en la tarea del cuidado, pero también se le da la opción de estar (en parte) libre de responsabilidades de cuidado.
>
> 3)Familiarismo Implícito: No ofrece desfamiliarización ni apoya activamente la función de cuidado de la familia a través de ningún tipo de política familiarista. Sin embargo, la familia será el principal cuidador en estos regímenes de bienestar ya que no hay alternativas disponibles. Este tipo, por lo tanto, se apoya implícitamente en la familia en lo que se refiere a asuntos de cuidados.
>
> 4)Desfamiliarización: Desfamiliarización fuerte debido a la provisión estatal o de mercado de servicios de atención y políticas de familiarización débiles.

Desde una perspectiva de género, los sistemas de cuidados y los incentivos que se ofrecen a los cuidadores informales familiares en dichos sistemas repercuten en los roles tradicionales de género y su implicancia para las mujeres (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 69). Cuando se habla de familia, la carga del cuidado suele recaer en las mujeres. Es, por lo tanto, imprescindible entender la conformación del mercado laboral desde la división sexual del trabajo y sus distintas realidades en el mundo contemporáneo.

El modelo basado en "hombre sustentador" y en "mujer dependiente y cuidadora" cambia en el siglo XX, con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. No obstante, el trabajo doméstico no remunerado sigue siendo asumido prácticamente en su totalidad por las mujeres (PAZOS, 2018).

Leitner (2003) incorpora la perspectiva de género en el planteamiento de la nueva variedad de familiarismo en relación con la función de cuidado de la familia: "Since family care is usually provided by women (wives, daughters, daughters- in-law), supporting the caring function of the family represents a gendered subject per se" (LEITNER, 2003, p. 365).

Al respecto, señala que las políticas desfamiliaristas por sí mismas no intervienen en las relaciones de género, pero sí alivian la carga de las familias, y, por lo tanto, la carga de las mujeres que mayoritariamente proveen el cuidado (LEITNER, 2003, p. 366). Por su parte, las políticas familiaristas de cuidado sí regulan las relaciones de género directamente: por un lado, mantienen y refuerzan el rol de la mujer como cuidadora en la familia, pero, por otro lado, se pueden llevar a cabo políticas que contengan incentivos para asegurar que la provisión de cuidado sea compartida en términos igualitarios (LEITNER, 2003, p. 366 y 367).

4. Estudio de caso de España

En España, la última encuesta oficial realizada por el INE (2008) fue la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia, el 76,3% de las personas identificadas como cuidadoras principales son mujeres. Por lugar de residencia del cuidador principal, el 79,3% reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Cabe destacar que para el 20,7% restante, nueve de cada 10 cuidadores son mujeres[2].

En este contexto, en 2006 se aprobó la Ley 36/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, sobre la base de los artículos de la Constitución Española como el artículo 41 (derecho a la Seguridad Social) y los artículos 49 y 50 se refieren en concreto a los grupos poblacionales que reciben la prestación de servicios de cuidados: las personas con discapacidad y las personas mayores.

[2] La encuesta no incorpora datos específicos de cuidados no remunerados y asistencia personal profesional

Estos fundamentos son los preceptos constitucionales bajo los que se desarrolló la Ley 39/2006, cuyo objetivo es el de:

> Regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) (Artículo 1).

La Ley 39/2006 define los siguientes conceptos:

> -Cuidados no profesionales: la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada.
>
> -Cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro.
>
> - Asistencia personal: servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal (Artículo 2).

La Ley 39/2006 considera una serie de apoyos para las personas en situación de dependencia dependiendo de su grado de dependencia, que se dictamina en función a una evaluación basada en las Actividades de la Vida Diaria que la persona puede (o no) realizar, entre otros aspectos.

Los apoyos que otorga este sistema están desarrollados en el Capítulo II, entre los que destacan prestaciones y un catálogo de servicios de atención. Entre las prestaciones económicas, se consideran dos de ellas para "asistencia personal" y "cuidados no profesionales":

> La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria (Artículo 19)

Esta prestación económica está destinada a la persona con dependencia con el fin de poder contratar de forma legal un asistente personal.

Por su parte, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales se da:

> Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. (…) 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. (…) (Artículo 18)

Para recibir un subsidio para un cuidador no profesional se ha de cumplir con varios requisitos entre los que destacan: Ser mayor de 18 años y tener capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar, ser cónyuge o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco y haber estado conviviendo con la persona en situación de dependencia en el mismo domicilio y prestándole cuidados durante, al menos, el año anterior a la fecha de la solicitud; y convivir con el beneficiario; y no ser cuidadora de más de dos personas en situación de dependencia; entre otros (Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, 2019).

Los cuidadores reciben una prestación o subsidio que, en el grado de mayor dependencia, y en su cuantía máxima, puede llegar máximo a 387,64 euros al mes[3]. Este subsidio no es un salario, no obstante, hay que recordar que el salario mínimo interprofesional en España es de 1.108,3 euros al mes por un trabajo a jornada completa[4].

Además, los cuidadores no profesionales se suscriben al Convenio especial de cuidadores no profesionales el cual tiene como objetivo regular su inclusión en la Seguridad Social (2007). De esta forma, los cuidadores no profesionales quedan incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, por lo que los años dedicados al cuidado de sus familiares con dependencia se integran en su vida laboral y contribuyen a generar derecho a prestaciones como jubilación o incapacidad permanente. Sus cuotas son financiadas por la Administración General del Estado a través de la Tesorería General[5].

---

[3] Las cuantías máximas para las prestaciones que se reconozcan serán: Grado III de Dependencia: 387,64 € mensuales; Grado II de Dependencia: 268,79 € mensuales; y Grado I de Dependencia: 153,00 € mensuales.

[4] El Sueldo Mínimo Interprofesional (SMI) son 950 euros al mes, dividido en 14 pagas anuales (13.300 euros al año). Real decreto 231/2020

[5] Con carácter general, para suscribir este Convenio es preciso que el cuidador no se encuentre en situación de alta en cualquier régimen de la Seguridad Social a tiempo completo, desempleo o sea perceptor de determinadas prestaciones.

La llegada de la crisis económica de 2008 y la adopción de medidas de austeridad por parte del gobierno afectaron en gran medida al SAAD y disminuyó relevantemente el número de personas con derecho a prestaciones (RD 20/2012).

Por un lado, las prestaciones para contratación de asistentes personales se redujeron considerablemente. Respecto a esta medida, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2011) mostró su preocupación y alentó al Estado a ampliar los recursos para asistentes personales a todas las personas con discapacidad en función de sus necesidades (Párrafos 41 y 42). En 2019, reiteraba que, aunque reconocía una evolución positiva, este seguía siendo un tema de preocupación y recomendaba al Estado que:

> Reconozca en su legislación el derecho a la asistencia personal, de modo que se garantice el derecho de todas las personas con discapacidad a la asistencia personal, con criterios individualizados para que puedan vivir de forma independiente en la comunidad y tener acceso a una amplia gama de sistemas de apoyo humano dirigidos por el interesado o el "usuario" y a la autogestión de la prestación de los servicios (Párrafo 38)

El Real Decreto 20/2012 también modificó la legislación para los cuidadores familiares y las cotizaciones a la Seguridad Social pasaron a estar a cargo de los propios cuidadores no profesionales, con carácter voluntario, hasta 2019, momento en el que se reactivó la financiación de las cuotas con el Real Decreto-ley 6/2019.

Esto provocó que la puesta en práctica de la Ley 39/2006 no cumpliera con los objetivos desarrollados en la legislación. Al 30 noviembre de 2020, el total de prestaciones es de 1.421.468, y las prestaciones económicas de asistencia personal suman 7.910 (0,56% del total de prestaciones). Por su parte, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar alcanzan las 447.235 (31,46% del total de prestaciones). Al mismo mes, la cifra de personas adscritas al convenio especial de cuidadores no profesionales es de 59.817, de los cuales, 53.310 (89,1%) son mujeres, frente al 10,9% de hombres.

Cabe recordar que la Ley 39/2006 considera la perspectiva de género como principio general que inspira la ley, y en la exposición de motivos hace explícita la necesidad de crear un sistema que atienda a la necesidad de cambiar el modelo de cuidados no remunerados principalmente asumidos por la mujer. De acuerdo con el legislador, la intención primera del sistema de atención a la dependencia de España no es que el cuidado recaiga en la familia para no provocar una desventaja en la mujer en el mundo laboral. Sin embargo, la realidad del sistema

hace que el cuidado de larga duración todavía se realice principalmente por miembros de la familia (BECKER y REINHARD, 2018, p. 595). La prestación económica para los cuidadores no profesionales, que en un primer momento se pensó que fuera de carácter excepcional, "ha adquirido una importancia que altera el carácter excepcional que para las mismas establece la ley" (PAZOS, 2018, p. 126).

CONCLUSIÓN

La creación del modelo de atención a la dependencia español supuso un gran avance en derechos sociales de personas con dependencia y sus cuidadores. Sin embargo, la evaluación de la dependencia de este sistema se mantiene en los parámetros de modelo médico; los incentivos y la financiación del sistema sostiene como principal prestación el cuidado en el ámbito familiar, y no en fomentar la asistencia personal profesional; y su puesta en práctica ha perpetuado el rol de la mujer como principal proveedora de cuidados del entorno familiar y ha obstaculizado su incorporación plena al mercado laboral.

El modelo de atención a la dependencia de España busca generar un sistema de apoyos a la dependencia para mejorar la autonomía personal, sin embargo, debe avanzar en prestaciones y apoyos que desarrollen la dimensión social de las personas en situación de dependencia, y no sólo su dimensión médica. En línea con lo establecido por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esta perspectiva establecida en el modelo social debería ser incluida como elemento a considerar en las evaluaciones de grado de dependencia del sistema español.

Cabe destacar, además, que con la crisis económica y las medidas de austeridad impuestas por el Gobierno en 2012, el sistema de atención a la dependencia minimizó la protección social que éste otorgaba, reduciendo así los niveles de protección de los derechos de las personas con dependencia consagrados en los distintos instrumentos internacionales.

Por su parte, en referencia a los derechos de los cuidadores, el modelo español de atención a la dependencia, entre sus prestaciones, considera la asistencia personal profesional y los cuidadores no profesionales del entorno familiar. Esto supone un progreso relevante a nivel social, ya que avanza en crear protección para un grupo de población que históricamente se ha visto desprotegido.

No obstante, la puesta en práctica de la legislación, la baja financiación de este sistema, la crisis económica y las medidas de austeridad, han provocado que la prestación económica para los cuidadores del entorno familiar, que en un principio tenía un "carácter excepcional", se convirtiera en la norma. En la práctica, el modelo español es un modelo familiarista explícito, ya que fortalece a la familia en el cuidado y carece de la provisión de algunas alternativas al cuidado familiar.

La puesta en práctica de la legislación española, por un lado, no considera o promueve el derecho a la asistencia personal profesional para garantizar la vida independiente de las personas con dependencia. Por otro lado, no toma en cuenta la invisibilización de la jerarquía de roles en el interior de la familia. Las condiciones para acceder a las prestaciones para cuidadores en el entorno familiar provocan que la gran mayoría de personas que acceden a estos beneficios sean mujeres. De esta forma, mantener el cuidado en el entorno familiar supone perpetuar el rol tradicional de que el cuidado, en la familia, es una función de las mujeres; y refuerza la división sexual del trabajo, obstaculizando la incorporación plena de las mujeres al mercado laboral.

REFERENCIAS

Marco normativo nacional e internacional.

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

Convenio 100 de la OIT sobre la igualdad de remuneración, adoptado en Ginebra el 29 de junio de 1951.

Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958

Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981

Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, adoptado en Ginebra el 16 de junio de 2011.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París el 10 de diciembre de 1948.

Ley 36/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE núm. 299 de 15/12/2006.

Manfred Molenaar y Barbara Fath-Molenaar contra Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg, Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 5 de marzo de 1998, Asunto C-160/96.

Observaciones finales sobre examen inicial de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobadas el 23 de septiembre de 2011. CRPD/C/ESP/CO/1

Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité de Derechos de las personas con discapacidad, aprobadas el 29 de marzo de 2019. CDPD/C/ESP/CO/2-3

Observaciones finales sobre informes presentados en virtud de artículos 16 y 17 del Pacto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas el 18 de mayo de 2012. E/C.12/ESP/CO/5

Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas el 29 de marzo de 2018. E/C.12/ESP/CO/6

Observación General núm. 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 27 de octubre de 2017. CDPD/C/GC/5

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976.

Radi and Gherghina contra Rumanía. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 5 de enero de 2016. 34655/14.

Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE núm. 42 de 18/02/2011.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, BOW núm. 168 de 14/07/2012.

Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE núm. 313 de 31/12/2013.

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE núm. 157 de 07/03/2019.

Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020, BOE núm. 31 de 05/02/2020.

Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptada en Ginebra el 16 de junio de 2011.

Otros documentos

NACIONES UNIDAS. *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, adoptada en Nueva York el 25 de septiembre de 2015.

ARRIBA, A.; MORENO, F. *El tratamiento de la dependencia en los regímenes de bienestar europeos contemporáneos.* Colección Estudios. Serie Dependencia. Madrid: Ed. IMSERSO, 2009.

ASÍS, R. y PALACIOS, A. *Derechos Humanos y situaciones de dependencia*. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

ASÍS, R. *Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.* Papeles el tiempo de los derechos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

BATTHYÁNY, K. *Las políticas y el cuidado en América Latina*. Una mirada a las experiencias regionales. Serie Asuntos de Género Nº 124. Santiago de Chile: Ed. Naciones Unidas, 2015.

BECKER, U.; REINHARD, H. et al. *Long-Term Care in Europe. A Juridical Approach*. Munich: Ed. Springer, 2018.

CEPAL. *La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad.* Síntesis del Trigésimo período de sesiones de la CEPAL en Montevideo, Uruguay, 20 al 24 de marzo del 2006.

CONSEJERÍA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES – COMUNIDAD DE MADRID. *Guía práctica de la asistencia personal.* Ed. Comunidad de

Madrid, 2019. Consultado en http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM013822.pdf

DURÁN M. Á. *El trabajo no remunerado en la economía global. Bilbao*: Fundación BBVA, 2012.

DURÁN M. Á. *Las cuentas del cuidado.* Madrid: Revista española de control externo, 2018.

EICHNER M. *Chapter 3: The supportive state and caretaker-dependent ("vertical") relationships* en The Supportive State: Families, government and American´s political ideals. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ESPING-ANDERSEN, G. *The Three Worlds of Welfare Capitalism.* Nueva Jersey: Ed. Polity Press & Princeton de Princeton University Press, 1990.

ESPING-ANDERSEN, G. Fun*damentos sociales de las economías.* Barcelona: Ed. Ariel, 1999

INSTITUTO CÁNTABRO DE SERVICIOS SOCIALES. *Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (SAAD)*. Servicios sociales Cantabria, 2020. Consultado em http://www.serviciossocialescantabria.org/index.php?page=prestacion-economica-vinculada-al-cuidado-no-profesional-en-situaciones-de-dependencia

INE. *Nota de prensa de Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia* (EDAD), 2008. Consultado en https://www.ine.es/prensa/np524.pdf

LEITNER, S. *Varieties of familialism. The caring function of the family in comparative perspective.* European Societies, 5:4, 353-375. Taylor & Francis Ltd, 2003.

OIT. *Care work and care jobs for the future of decent work.* Génova: Ed. International Labour Organization, 2018.

OMS. *Envejecimiento activo: un marco político*. Revista Esp. Geriatr Gerontol, 2002; 37(S2). Pág. 74-105

PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2008.

PAUTASSI, L. *Perspectivas actuales en torno al enfoque de derechos y cuidado: la autonomía en tensión*. En Batthyány, K. Las fronteras del cuidado: agenda, derechos e infraestructura. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2013.

SAAD. *Datos de gestión a 30 de noviembre de 2020*. Madrid: IMSERSO, 2020.

“A HISTÓRIA QUE A HISTÓRIA NÃO CONTA”: Organizações e disputas narrativas pelas lentes dos entregadores grevistas na América Latina em 2020

Ana Beatriz Bueno de Jesus
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestranda em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo PPGD/UERJ (bolsista Capes), Rio de Janeiro, Brasil, anabeatrizbuenoadv@gmail.com

Bruna da Penha de Mendonça Coelho
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Doutoranda em Teoria e Filosofia do Direito pelo PPGD/UERJ e em Sociologia pelo IESP-UERJ (bolsista CNPq), Rio de Janeiro, Brasil, brunapmcoelho@gmail.com

Resumo: Partindo da perspectiva das construções discursivas e das articulações reivindicatórias dos entregadores latino-americanos, o artigo objetiva analisar as disputas narrativas e as formas de organização desses trabalhadores em 2020. Como base, toma-se o contexto das paralisações internacionais de 22 de abril, 29 de maio, 1º de julho e 8 de outubro de 2020, potencializadas pelos efeitos da pandemia de Covid-19. A justificativa passa pela atualidade e relevância do tema, bem como pela necessidade de compreender esses movimentos enquanto uma materialidade social que não é dada, mas construída, historicamente, pelos atores sociais envolvidos. Além de revisão bibliográfica, utilizamos como método central a análise empírica documental. O artigo se estrutura em dois eixos, que se propõem, respectivamente, a uma investigação: (i) discursiva dos principais documentos de convocação das paralisações internacionais, buscando compreender suas disputas narrativas e construções de sentido; (ii) da forma de constituição e de articulação das organizações de trabalhadores signatárias dos instrumentos oficiais de convocação dos movimentos. Como conclusões, é possível visualizar uma tendência crescente de internacionalização dos movimentos, o surgimento de novas formas de articulação organizativa dos entregadores, bem como que essas paralisações não constituem uma realidade estática, mas, sim, dinâmica, discursivamente plurívoca e em constante transformação.

Palavras-chave: Greves de entregadores; América Latina; Disputas narrativas; Organizações de trabalhadores.

Abstract: Considering the perspective of the discursive enunciations and the claiming articulations of Latin American deliverers, the paper aims to analyze the narrative disputes and the forms of organization of these workers in 2020. It is

based on the context of four international strikes: April 22, May 29, July 1 and October 8, 2020, triggered by the effects of the Covid-19 pandemic. The justification relies on the topicality and relevance of the theme, as well as the need to understand these movements as a social materiality that is not given, but constructed, historically, by the social actors involved. In addition to bibliographic review, we use empirical document analysis as a central method. The article is structured around two axes, which correspond to: (i) a discursive investigation of the main documents calling for international strikes, in order to understand their narrative disputes and meanings; (ii) the form of constitution and articulation of workers' organizations which are signatories to the official instruments for calling movements. As conclusions, it is possible to observe a growing trend of internationalization of these movements, the emergence of new forms of organizational articulation of deliverers, as well as that these stoppages are not a static reality, but rather a dynamic and discursively plural one (and in constant transformation).

Key-Words: Deliverers' strikes; Latin America; Narrative disputes; Workers' organizations.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objetivo central analisar, a partir da perspectiva dos entregadores latino-americanos por plataformas digitais, as disputas narrativas e as formas de organização coletiva desses trabalhadores, tendo como foco as greves internacionais durante a pandemia de Covid-19 em 2020. Como recorte geográfico, centramo-nos no contexto social da América Latina, muito embora se verifique uma tendência crescente de adesão a esses movimentos por organizações advindas de outras partes do mundo.

Como recorte temporal, selecionamos as paralisações internacionais convocadas por organizações latino-americanas durante o ano de 2020, o que inclui quatro movimentos: os dos dias 22 de abril, 29 de maio, 1º de julho e 8 de outubro. Quanto aos métodos, conjugam-se, a partir de uma abordagem materialista, pesquisa bibliográfica e pesquisa empírica documental. Note-se que as fontes documentais consistem, sobretudo, nos instrumentos de convocação dos movimentos, bem como nos demais documentos extraídos dos perfis oficiais das organizações que os assinam.

Quanto à estruturação, o artigo se propõe a abranger dois eixos centrais: (i) análise discursiva dos principais documentos de convocação das paralisações internacionais, buscando compreender as disputas de sentido envolvidas nesse

discurso e o impacto das condições de trabalho em sua subjetividade; (ii) análise das organizações de trabalhadores que assinaram esses instrumentos de convocação, para investigar sua natureza e a forma de articulação empregada.

Nesse sentido, o primeiro eixo se debruça sobre disputas narrativas passíveis de serem interpretadas a partir da análise dos arranjos discursivos veiculados nos instrumentos oficiais de convocação dos movimentos. Para tanto, essa pesquisa é dividida em três vias de análise que se conectam e se complementam: (i) disputas narrativas em torno das expressões utilizadas para designar os movimentos, bem como as implicações políticas de cada qual (em especial, quanto aos termos paralisação, breque e greve); (ii) os possíveis sentidos para a escolha da veiculação das paralisações enquanto movimentos internacionais; (iii) a forma de apresentação das reivindicações nos instrumentos de convocação, com foco para seu caráter dinâmico e suas transfigurações ao longo dos meses.

Por sua vez, no segundo eixo, analisam-se as organizações da América Latina signatárias dos documentos convocatórios para os quatro movimentos grevistas internacionais dos entregadores de plataformas digitais de entrega. Para tanto, foca-se na natureza, formas de constituição e de organização, com base nas informações colhidas nos sítios eletrônicos (quando existentes) e nas redes sociais dessas organizações, principais meios de comunicação entre elas e os entregadores, com a finalidade de compreender como tem se dado a organização coletiva desses trabalhadores.

1. Disputas narrativas nos instrumentos de convocação das paralisações

Brecht (2005, p. 77) questiona quais foram as mãos que construíram os monumentos históricos e que cozinharam os grandes banquetes. Afinal, só constam os nomes de reis nos livros. Na mesma linha, Benjamin (2005, p. 83), nas suas "Teses sobre o conceito de História", sustenta a necessidade de uma história a contrapelo, contada pela tradição daqueles que são constantemente invisibilizados pela historiografia oficial. Nessa linha, insere-se também a proposta do artigo, cujo título principal, não ao acaso, faz referência direta ao samba-enredo de 2019 do G.R.E.S. Estação Primeira de Mangueira (DOMÊNICO et al., 2019).

E é por isso que se pretende começar a análise a partir de uma investigação discursiva em torno dos instrumentos de convocação dos

entregadores latino-americanos para as paralisações internacionais de 2020, referentes aos dias 22 de abril, 29 de maio, 1º de julho e 8 de outubro. Para tanto, partiremos dos instrumentos de convocação divulgados pelas organizações que os assinaram em seus perfis oficiais de rede social (para fins de padronização das referências, mencionaremos as versões publicadas na página do *facebook* da Agrupación ATR). A propósito, vale destacar que a principal forma de convocação e mobilização para as paralisações tem sido articulada por esses perfis em redes sociais das organizações signatárias, como delineado no tópico seguinte do artigo.

Quanto ao idioma dos documentos, analisamos as versões em língua espanhola das quatro paralisações internacionais, além da versão em língua portuguesa referente ao movimento do dia 8 de outubro de 2020. Isso se deve ao fato de que as organizações brasileiras somente passaram a constar no rol de signatárias dos documentos de convocação a partir do terceiro movimento, o que se reflete na inexistência de versões em português dos instrumentos relativos às duas primeiras greves internacionais. Mesmo com relação à convocação para 1º de julho, terceira paralisação internacional e que passou a contar com a assinatura de organizações brasileiras, foi possível ter acesso ao documento oficial apenas em língua espanhola. Ressalte-se que, quando mencionamos traduções em português de versões publicadas em língua espanhola, fazemos referência ao fato de se tratar de traduções livres para o português, isto é, realizadas por nós a partir do documento em espanhol. Nos casos em que há citações em português sem essa menção, foram extraídas de documento já originalmente em língua portuguesa.

Feitas essas observações iniciais sobre as fontes analisadas e sobre a forma de referenciar o idioma, revela-se interessante traçar algumas notas teóricas acerca da proposta de investigação discursiva a que nos referimos nesse tópico do artigo. Essas notas importam para uma reflexão sobre a escolha de proceder a essa forma de abordagem, bem como de selecionar tais documentos como fonte central da pesquisa. Partimos da compreensão de que a análise das narrativas envolvidas na construção do conteúdo destes documentos de convocação fornece, com pluralidade de significados, relevante base de pesquisa, por veicular o discurso através do qual se publicizam as reivindicações tidas como centrais para as organizações de trabalhadores.

Ao procedermos à escolha dos documentos oficiais de divulgação dos movimentos, não ignoramos o fato de que existe uma multiplicidade de

narrativas dos trabalhadores para além desses documentos. Trata-se, tão somente, de um recorte metodológico que se justifica pela compreensão de que, mesmo dentro dos instrumentos de convocação, não há que se falar em ausência de disputa narrativa e discursiva. Pelo contrário, é possível extrair deles uma série de questões de pesquisa interessantes, cujos contornos buscamos delimitar ao longo deste item, e que dizem respeito a produções de sentidos plurívocos, dinâmicos e axiologicamente amplos.

Antes de entrar na análise propriamente dita dos documentos de convocação das paralisações, é importante assentar a perspectiva em que utilizamos a expressão discurso. Não há aqui uma ideia de correspondência estática entre determinado enunciado proposto (neste caso, o conteúdo escrito da convocação dos movimentos internacionais) e o que poderia ser entendido enquanto discurso veiculado. Ao contrário, compreendemos, no sentido da análise de Pêcheux (2007), que o discurso não se perfaz de forma estabilizada, mas, na verdade, abarca enunciados múltiplos e heterogêneos, proposições não unívocas e que atravessam acontecimentos.

Lançadas essas notas teóricas preliminares, estamos agora em condições de partir para a análise documental. Seguimos aqui, sempre que possível, a ordem cronológica dos movimentos, mas, de toda forma, priorizamos uma investigação que dê conta de confrontar a linguagem com aspectos materiais em disputa. Isto é, não se pretende um mero agrupamento estanque de uma ou outra citação dos documentos, mas de tentar compreendê-las em movimento e em cotejo com as nossas interpretações acerca das possíveis construções de sentidos e estratégias políticas de reinvindicação social.

Para perseguir esse objetivo, dividimos a análise em três eixos ou questões-chave que envolvem disputas narrativas centrais: (i) as implicações de sentido na escolha pelos termos greve, paralisação ou breque; (ii) o autodeclarado caráter internacional da convocação; (iii) a forma de construção das reivindicações e as modificações observadas ao longo dos meses. A partir desses eixos, pretende-se inferir em que medida as disputas narrativas e as construções discursivas de sentido perfazem-se nos instrumentos de convocação dessas quatro paralisações internacionais.

Quanto à primeira questão-chave, a respeito do termo utilizado para designar os movimentos nos títulos dos instrumentos de convocação (se greve, paralisação ou breque), observamos que, em todos os instrumentos em língua espanhola, é utilizada a palavra "paro", enquanto em língua portuguesa faz-se

referência à expressão "breque". Observemos os títulos dos documentos oficiais de convocação dos movimentos em ordem cronológica (isto é, para as paralisações de 22 de abril, 29 de maio, 1º de julho e 8 de outubro, respectivamente): "22 de abril Paro Internacional de Repartidores: Comunicado Internacional de Repartidores" (AGRUPACIÓN ATR, 2020a), "Comunicado Internacional de Repartidores" (AGRUPACIÓN ATR, 2020c), "Comunicado Internacional: 1/7 vamos a un nuevo paro internacional de repartidores"(AGRUPACIÓN ATR, 2020d), "Declaración Internacional: 8 de octubre, 4to Paro Internacional de Repartidores"(AGRUPACIÓN ATR, 2020f) e "Chamamento Internacional: 8 de outubro, 4to Breque Internacional de Entregadores"(AGRUPACIÓN ATR, 2020b).

Comecemos pela expressão "breque" em língua portuguesa. Uma vez que os movimentos se difundiram no Brasil, sobretudo, através das redes sociais, o apoio ao movimento e os demais materiais de mídia a ele relacionados foram divulgados nessas redes a partir do lema "Breque dos Apps" ou "Breque dos Aplicativos": "Dia 1º de julho, bora brecar o Brasil!", dizia a publicação do perfil Treta no Trampo (2020). A expressão, que se popularizou pelas redes sociais, é plena de sentidos políticos: "brecar" os aplicativos parece referir-se a uma conduta de rejeitar ou bloquear a forma de operação das plataformas. Conduta que deveria ser seguida, igualmente, pelos usuários das plataformas digitais de entrega – isto é, pela sociedade como um todo, para além dos entregadores em paralisação.

Além disso, podemos lançar uma hipótese complementar para a escolha desse termo: tendo em vista as controvérsias institucionais em torno da forma de caracterização jurídica do vínculo entre os entregadores e as plataformas, bem como as disputas sobre o tema dentro da própria classe trabalhadora, o termo breque poderia ser tido como uma forma de agregar diversas visões e reivindicações em torno de uma expressão comum. Essas disputas podem ser inferidas, inclusive, da forma de construção dos pleitos nos documentos de convocação para os movimentos, e das alterações por que essa construção passou ao longo dos meses, como exposto mais adiante neste item.

Uma observação interessante é que, muito embora o subtítulo do quarto documento de convocação seja, em língua portuguesa, "8 de outubro, 4to Breque Internacional de Entregadores", a palavra "greve" é utilizada no corpo do documento, como no trecho que o encerra: "Viva a Greve Internacional do dia 8 de outubro das e dos trabalhadores de aplicativos!". O mesmo termo aparece

neste outro trecho: "As grandes lutas que estavam se formando em diferentes países do mundo [...] foram preparando as condições para realizar esta Quarta Greve Internacional de Entregadores e Trabalhadores de Aplicativos" (AGRUPACIÓN ATR, 2020b).

De toda forma (e sem desconhecer, de forma alguma, a relevância do termo "breque" para a difusão dos movimentos no Brasil e para a construção de seu sentido reivindicatório), optamos, no título deste artigo, pela expressão greve, como forma de reafirmar que a relação entre os entregadores e as plataformas digitais é caracterizada, centralmente, pela mercantilização da força de trabalho daqueles que não possuem o real controle do processo laboral, tampouco da apropriação da riqueza por ele gerada – relação que, a propósito, espelha a forma basilar de autovalorização do capital no modo de produção vigente (cf. MARX, 2017).

Passemos agora à análise do termo em língua espanhola "paro" ("paro" de entregadores), utilizado para intitular todos os instrumentos de convocação para as paralisações internacionais nesse idioma em 2020. Na língua espanhola, as palavras greve e paralisação podem ser designadas, de forma geral, por "huelga" e "paro". Apesar de existirem categorizações jurídicas[1], em determinados países, no sentido de diferenciar os atos de "huelga" e de "paro", o termo "paro" pode ser compreendido aqui, em uma apreensão abrangente, como paralisação ou suspensão na prestação de determinado trabalho ou serviço. É possível, inclusive, traçar certa correspondência semântica entre "paro" e "breque", uma vez que ambos parecem denotar um sentido de ação de bloqueio, de paralisação física, de interrupção do trabalho ou de rejeição material a determinada ordem social.

Passado esse ponto, o segundo eixo de análise aqui proposto, por sua vez, diz respeito aos contornos do autodeclarado caráter internacional dos

[1] Cf., a título de exemplo, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2008: "La jurisprudencia constitucional ha sido clara al expresar que mientras que el derecho de huelga como derecho fundamental tutelado por la Constitución y la ley tiene una finalidad o propósito único definido en la misma ley, como es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente, el denominado paro no está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previos establecidos por la ley para ésta. De otra parte, se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo, como actividad prohibida a los sindicatos."

movimentos, uma vez que todos os documentos oficiais de convocação se definem como "Comunicado Internacional", "Chamamento Internacional" ou "Declaración Internacional" (cf. AGRUPACIÓN ATR, 2020a, 2020b, 2020c, 2020d, 2020f). Isso poderia soar trivial e ser justificado, simplesmente, pelo fato de que esses documentos são assinados, desde abril, por organizações provenientes de mais de um país. Segundo essa interpretação mais imediata, a autodenominação "internacional" se deveria, tão somente, à natureza de um movimento que vai além das fronteiras de uma determinada nação. Porém, como argumentado a seguir, é possível extrair um sentido político mais profundo dessa escolha.

A veiculação do caráter internacional (e mesmo mundial) das paralisações vem acompanhada, desde o primeiro instrumento de convocação, da compreensão de que os movimentos atrelam-se a demandas e interesses que dizem respeito aos trabalhadores de entrega de todo o mundo, isto é, independentemente de sua nacionalidade. No chamado para o movimento do dia 22 de abril de 2020, denominado de primeira paralisação internacional de entregadores, essa ideia já vem expressa desde o início: "A pandemia em curso evidenciou e, inclusive, aprofunda cada dia mais as condições de superexploração e precarização trabalhista dos trabalhadores de entrega em todo o mundo". Assim como começa com esse tom, o documento com ele também termina: "Os trabalhadores de todo o mundo, sem importar a nacionalidade nem a plataforma em que trabalhamos, temos que nos unir em uma luta para derrotá-las." Ainda, os trabalhadores apontam que "a unidade e organização dos entregadores de todos os aplicativos de todos os países é o único caminho para conquistar todos os nossos direitos" (AGRUPACIÓN ATR, 2020a, tradução livre do espanhol).

Igualmente, o documento de convocação para a paralisação de 29 de maio de 2020, após apontar que, apesar de o primeiro movimento ter sido histórico, as plataformas não cumpriram as reivindicações postuladas pelos trabalhadores, conclui com o reforço da necessidade de articulação de todos os entregadores em escala mundial. Nas palavras veiculadas através do comunicado: "[...] devemos avançar para uma nova paralisação internacional, a fim de golpear as organizações multinacionais com um só punho, com a unidade de todos os trabalhadores em nível mundial" (AGRUPACIÓN ATR, 2020c, tradução livre do espanhol).

No mesmo sentido, coloca-se o tom reivindicatório do comunicado para a terceira paralisação internacional, realizada em 1º de julho, ao reforçar que as

condições de exploração atingem os entregadores de todas as partes do mundo: "[...] a situação global dos entregadores é de hiperexploração e de uma precarização extrema". E assim conclui: "Viva a unidade dos trabalhadores de todo o mundo, que enfrenta não só a crise sanitária, mas, sim, a crise capitalista que os governos e empresas tentam colocar sobre as costas dos trabalhadores" (AGRUPACIÓN ATR, 2020d, tradução livre do espanhol). Esse trecho final, frise-se, evidencia a consciência coletiva de que não se trata de uma crise unicamente sanitária inaugurada pela pandemia, mas, sim, de uma amplificação das desigualdades fundantes do conflito capital-trabalho.

O documento de convocação para a quarta paralisação (realizada em 8 de outubro de 2020), veiculado simultaneamente em espanhol e em português, também ressalta o caráter internacional da proposta de unidade dos trabalhadores. Note-se, inclusive, que esse último documento contou também com a adesão de organizações provenientes de países de variadas partes do mundo, como Alemanha, Japão, Itália, França e Estados Unidos, dentre outros. O instrumento de convocação se inicia com a seguinte postulação: "Novamente a unidade das e dos entregadores e trabalhadores de aplicativos em luta será vista nas ruas em mais de 12 países do mundo [...]". Ainda: "as empresas são multinacionais, a exploração é global, por isso esta luta é internacional". Ao final do documento, reforça-se: "Viva a luta internacional das e dos trabalhadores!" (AGRUPACIÓN ATR, 2020b).

Por fim, o terceiro eixo a ser analisado diz respeito à forma de construção das reivindicações nesses documentos ao longo dos movimentos. O primeiro instrumento de convocação, divulgado no perfil da Agrupación ATR (2020a) três dias antes da paralisação do dia 22 de abril de 2020, inicia-se pela enunciação do aprofundamento da condição de superexploração a que estão submetidos os entregadores durante a pandemia, bem como da transferência de riscos aos trabalhadores. A propósito, o falecimento de Emma na Argentina, enquanto realizava uma entrega, é apontado no documento. As reivindicações são veiculadas como aquelas mais urgentes, passando pelo aumento de 100% na remuneração por pedido e pelo fornecimento de equipamentos de proteção e higiene. O movimento se fez sentir na Argentina, Chile, Guatemala, Espanha, Peru, Equador e Costa Rica.

Já no instrumento de convocação para o movimento do dia 29 de maio de 2020, que contou com nova adesão, desta vez de organizações mexicanas, é destacado que a resposta das plataformas à paralisação do dia 22 de abril foi de

teor punitivo: bloqueio de contas dos entregadores grevistas. Aos pleitos anteriores, somaram-se, assim, as pautas dos desbloqueios e de seguros para acidentes (AGRUPACIÓN ATR, 2020c). Por sua vez, na lista final de reivindicações do documento de convocação para a paralisação do dia 1º de julho, que foi formalmente aderida por organizações brasileiras[2], agregaram-se pautas de renda, como bônus emergencial por se tratar de atividade essencial, bem como de justiça para os trabalhadores que perderam a vida, possibilidade de rejeitar pedido sem ser penalizado, além de protocolos específicos para a situação de pandemia – como testagem, quarentena e compensação aos que tiveram contato com ambientes ou usuários infectados por Covid-19 (AGRUPACIÓN ATR, 2020d).

Apesar de o documento relativo à greve de 1º de julho já conter, em seu corpo, argumentação relacionada à garantia de direitos trabalhistas mínimos (como descanso, férias e adicional de insalubridade), bem como indicativos de pautas referentes à regulamentação da profissão[3] (AGRUPACIÓN ATR, 2020d), é no documento de convocação da paralisação de 8 de outubro que essas pautas são veiculadas mais diretamente. Além da menção à Lei AB5 da Califórnia, e da explicitação do repúdio a determinadas propostas de regulamentação em outras partes do mundo que não levam em conta os interesses e demandas dos entregadores, a pauta do vínculo é inserida no rol final de reivindicações de forma manifesta: "levantaremos as bandeiras da justa reivindicação de reconhecimento trabalhista. Não somos colaboradores, somos trabalhadores!"[4] (AGRUPACIÓN ATR, 2020b).[5] Apesar da menção genérica ao "reconhecimento trabalhista", sem entrar no mérito estrito do vínculo "empregatício"[6] (isto é, da relação de emprego em si), consideramos que a

[2] Após a adesão de novas organizações, dentre elas os Entregadores Antifascistas Brasil e o Treta no Trampo Brasil, foi atualizada a versão do documento de convocação. Essa nova versão pode ser encontrada em: NIUNREPARTIDORMENOSPERU, 2020. O rol de reivindicações, de toda forma, é o mesmo em ambas.

[3] "Há uma necessidade comum de lutar por uma regularização de nossa tarefa e desmascarar a relação de 'colaboradores', somos trabalhadores e reivindicaremos nossos direitos" (AGRUPACIÓN ATR, 2020d, tradução livre do espanhol).

[4] Na versão em espanhol, é possível encontrar similar teor: "justo reclamo del reconocimiento laboral" (AGRUPACIÓN ATR, 2020f).

[5] Outra inovação é a menção ao direito a licenças por enfermidade, acidente e gravidez (AGRUPACIÓN ATR, 2020b).

[6] Até porque não é possível traçar uma uniformidade na utilização destes termos entre os diversos idiomas e países. Para uma análise do tema, tanto em língua espanhola

inserção do tema na lista final de reivindicações denota que as pretensões dos movimentos se transformam, cada vez mais, em demandas de largo alcance – que se estenderiam, portanto, muito para além da pandemia.

Por fim, antes de passarmos à análise das organizações de trabalhadores no tópico seguinte, é válido traçar algumas notas sobre um documento veiculado no dia 4 de agosto de 2020, na página da Agrupación ATR (2020e), que se intitula, em tradução livre para o português, "Declaração Internacional de Entregadores". Além de reforçar a relevância dos movimentos, e de mencionar o repúdio às medidas de "flexibilização" e às reformas de austeridade trabalhistas e previdenciárias, o documento reitera que "a exploração é global e, por isso, a luta é internacional" (AGRUPACIÓN ATR, 2020e, tradução livre do espanhol). A essa altura, podemos também recobrar as palavras de Luxemburgo (2018, p. 255): "o imperialismo não reconhece nenhum 'acordo' em nenhum país; ele só reconhece um direito: o lucro do capital; só reconhece uma língua: a espada; só um meio: a violência".

O que se observa, portanto, é que os instrumentos de convocação das primeiras manifestações tendiam a adotar um tom reivindicatório mais próximo de pautas consideradas imediatas, como o fornecimento de equipamentos de proteção individual e de acréscimo remuneratório. A resposta das plataformas, revertida em penalizações contra os trabalhadores grevistas, demandou que, logo na sequência do primeiro movimento, fosse necessário agregar demandas como desbloqueio de contas e maior autonomia na escolha das entregas. Com o passar dos meses e a internacionalização crescente dos movimentos, evidenciada na adesão de novas organizações de diversos países, as reivindicações foram, paulatinamente, incorporando pleitos de largo alcance, como a responsabilização trabalhista das plataformas digitais.

2. As organizações de trabalhadores signatárias dos documentos de convocação e a busca por uma articulação coletiva bem estruturada

O presente tópico busca analisar a natureza, formas de constituição e de estruturação das organizações de trabalhadores que assinaram os documentos de convocação para as greves internacionais dos dias 22 de abril, 29 de maio, 1º de julho e 8 de outubro, esmiuçadas no tópico anterior. Em primeiro lugar, é

quanto em língua portuguesa, conferir, respectivamente, BILBAO, 2000 e FONTES, 2017.

importante destacar que todas as organizações signatárias fazem uso das redes sociais, com destaque para o *facebook* e o *instagram*, para chamar novos membros, bem como para convocar reuniões e paralisações. Já com relação à natureza delas, é importante mencionar que o principal entrave para que sejam constituídas como sindicatos se pauta na falta de reconhecimento de vínculo de emprego. No caso brasileiro, por exemplo, o artigo 8º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que o sindicato representa categorias profissionais, possuindo, dentre outras atribuições: a organização das greves e a possibilidade de levar as reivindicações dos trabalhadores para os empregadores. Por sua vez, no contexto argentino, o "Artículo 14 bis" da "Constitución de La Nación Argentina" (1995, tradução livre do espanhol) traz os seguintes deveres sindicais: "celebrar convenções coletivas de trabalho; recorrer à conciliação e arbitragem; o direito de greve. Os representantes sindicais contarão com as garantias necessárias ao cumprimento de sua gestão sindical e aquelas relativas à estabilidade do emprego".

Em um cenário social de aprofundamento do conflito capital-trabalho, a representação coletiva desses trabalhadores, tidos como supostos empreendedores, encontra-se prejudicada, diante da hegemonia neoliberal de fragmentação e dispersão da classe trabalhadora. É interessante, sobre esse aspecto, recordar os ensinamentos de Palomeque Lopez (2001, p. 24), o qual pontua dois processos históricos fundamentais para o surgimento do Direito do Trabalho, quais sejam: (1) a própria organização dos trabalhadores enquanto classe; (2) as leis protetivas trabalhistas. Tais processos veem-se fragilizados, cada vez mais, pelo fenômeno precarizante da uberização[7], externalizado, sobretudo, nos trabalhos realizados através de plataformas digitais, como as de entrega – contexto que ensejou os movimentos internacionais grevistas destacados na presente pesquisa.

No entanto, mesmo com as investidas neoliberais, percebe-se um movimento de articulação política por parte de parcela expressiva dos entregadores de plataformas digitais, o que culminou na constituição dessas organizações, que, apesar de não serem consideradas formalmente como sindicatos, têm buscado organizar a reivindicação dos trabalhadores e fazer "pressão" frente às plataformas, por melhores condições de trabalho. Dessa

[7] Conforme Ricardo Antunes (2020, p. 347), "a uberização é um processo no qual as relações de trabalho são crescentemente individualizadas e invisibilizadas, assumindo, assim, a aparência de 'prestação de serviços' e obliterando as relações de assalariamento e de exploração do trabalho".

forma, a presente pesquisa busca esmiuçar, de forma sucinta, como cada organização da América Latina, signatária de cada um dos documentos convocatórios, tem realizado suas reivindicações e buscado fortalecer os movimentos.

A respeito das reivindicações, como já observado, têm-se utilizado, majoritariamente, as redes sociais como meio de publicização do trabalho precarizado, bem como para realizar a convocação dos entregadores para movimentos grevistas. Nesse sentido, a Agrupación ATR, signatária dos documentos de convocação desde o primeiro movimento grevista internacional de 22 de abril, define-se como um grupo de entregadores que se organizou para lutar por seus direitos, e pontua: "Não somos heróis, somos trabalhadores precarizados" (AGRUPACIÓN ATR, 2020g, tradução livre do espanhol). O grupo iniciou as reivindicações nas redes sociais a favor dos entregadores em 2018, ocasião em que já se pedia pelo aumento da remuneração e seguro por roubo e acidentes, tendo convocado movimentos grevistas nacionais já em 2019 (ibidem).

Como forma de fortalecer o movimento, após as greves internacionais, ocorreu uma convocação para uma plenária, através das redes sociais, para o dia 26 de outubro de 2020, a fim de realizar um balanço do movimento grevista internacional de 8 outubro e para discutirem, junto com os entregadores, como seguirão na luta pelo aumento do valor recebido pelas entregas e o reconhecimento do vínculo de emprego (AGRUPACIÓN ATR, 2020h). Já as organizações Glovers Unidos Argentina, Glovers Unidos España e Glovers Costa Rica possuem apenas grupos no *facebook* para os entregadores, criados em 2018. A Glovers Unidos España descreve o grupo da seguinte forma: "grupo de entregadores Glovo, UberEats e Deliveroo na Espanha. Vamos lutar por condições dignas para todos os entregadores. Chega de abuso!" (GLOVERS UNIDOS ESPAÑA, 2020, tradução livre do espanhol). O Glovers Costa Rica se descreve como um grupo de informação para trabalhadores e trabalhadoras da empresa Glovo. (GLOVERS COSTA RICA, 2020, tradução livre do espanhol).

A organização Glovers Ecuador, também presente como apoiadora no primeiro documento de convocação, iniciou a movimentação nas redes sociais com reivindicações a favor dos entregadores em 2019 e utiliza, como forma de chamar a atenção da sociedade para a causa, uma foto de capa em seu perfil que destaca a imprescindibilidade do serviço desses trabalhadores que, rapidamente, entregam qualquer produto de que as pessoas necessitem (GLOVERS ECUADOR, 2020). Por fim, a Glovers Elite de Guatemala iniciou a

movimentação nas redes sociais em 2020 e também tem reivindicado melhores condições de trabalho para os entregadores (Glovers Elite de Guatemala, 2020).

O segundo documento de convocação, para a greve do dia 29 de maio, contou com uma nova signatária, a organização Ni un repartidor menos, do México, que possui o lema "En tu pedido, va mi vida"[8]. Trata-se de um coletivo que surgiu após a morte do entregador José Manuel Matías, que foi atropelado por um trailer em 27 de novembro de 2018, ao realizar a entrega de um pedido. O coletivo destaca, em seu sítio eletrônico, a falsa ilusão de liberdade que o trabalho em plataformas digitais fornece, com base, sobretudo, na suposta possibilidade de a pessoa poder organizar seu horário de trabalho conforme desejar, e tem como reivindicação principal a melhoria das condições laborais dos trabalhadores de plataformas digitais (NI UN REPARTIDOR MENOS*,* 2020a). O desejo de maior conscientização e organização coletiva é notório, na medida em que realiza convocações, em seu sítio eletrônico, para a formação de líderes (por meio de um curso promovido em diferentes regiões do México) que sejam capazes de realizar a organização de grupos e contribuir para que as reivindicações que buscam direitos para os entregadores sejam ouvidas (NI UM REPARTIDOR MENOS, 2020b).

No terceiro documento de convocação, para o dia 1º de julho, entraram como novas apoiadoras as seguintes organizações: Entregadores Antifascistas, Treta no Trampo, Repartidores de Apps Unidos Argentina (RedApps), Riders Unidos Ya Chile, Repartidorxs Unidxs Costa Rica e Motociclistas Unidos México. A primeira teve início em 2020, após Paulo Lima (conhecido como Galo), entregador líder da organização, ter sido bloqueado pela *uber eats* por não conseguir realizar uma entrega, apesar de ter avisado que o pneu da sua moto havia furado. Segundo o Galo, seu principal objetivo com o grupo é "descontruir essa mentira que somos empreendedores. Os entregadores estão com fome. Trabalhamos entregando comida nas costas e com fome" (ENTREGADORES ANTIFASCISTAS, 2020). Sobre a necessidade de organização coletiva, o entregador Matheus Souza do Distrito Federal destacou que "a gente precisa mostrar que a gente tem poder enquanto categoria [...] quem tem poder é a gente, não eles. Eles só administram o algoritmo" (DO. TRABALHADOR, 2020, 58 minutos e 12 segundos). Nesse sentido, os Entregadores Antifascistas têm buscado fortalecer esse sentimento de coletividade, ao organizar movimentos grevistas nacionais, bem como ao apoiar e aderir aos internacionais.

[8] Em tradução livre do espanhol: "em seu pedido, vai minha vida".

A organização Treta no Trampo, também brasileira, não se destina, especificamente, à causa dos entregadores, mas, segundo os militantes do movimento, busca acompanhar os "movimentos reais de recomposição da classe trabalhadora", com o objetivo de "registrar essas tretas, estimular que elas se desenvolvam e refletir sobre seus sentidos" (CINÉTICA, 2020), o que tem sido feito através das redes sociais, com destaque para o *youtube, facebook* e *instagram*. Já os Repartidores de Apps Unidos Argentina (RedApps) começaram a operar nas redes sociais em 2020 e se definem como "um grupo de trabalhadores independentes em busca de melhores condições laborais e benefícios para todos" (REDAPPS UNIDOS ARGENTINA, 2020a, tradução livre do espanhol). Esse grupo convoca greves nacionais, participa de greves internacionais e convocou assembleias com os trabalhadores, que organizou em conjunto com a Agrupación ATR e o Glovers Unidos Argentina, quais sejam: (i) a convocação para a Assembleia no dia 26 de abril, a fim de organizar os próximos passos depois da greve internacional de 22 de abril e elaborar um plano de luta (REDAPPS UNIDOS, 2020b, tradução livre do espanhol); (2) a "Segunda Assembleia Nacional", para o dia 18/05, que possuía o objetivo de continuar "organizando a luta em todo o país" (REDAPPS UNIDOS, 2020c, tradução livre); (3) a "Terceira Assembleia Nacional", no dia 22 de junho, para organizar a greve internacional de 1º de julho (REDAPPS UNIDOS, 2020d, tradução livre). O Riders Unidos Ya Chile também começou a operar em 2020 e faz uso das redes sociais para externalizar a insatisfação crescente dos entregadores e apoiar movimentos grevistas (RIDERS UNIDOS YA CHILE, 2020).

A Repartidorxs Unidxs Costa Rica, que também iniciou suas atividades nas redes em 2020, define-se como uma "organização de entregadores de Rappi, Glovo e Uber Eats" na Costa Rica (ORGANIZACIÓN DE REPARTIDORES UNIDØS, 2020c, tradução livre do espanhol). Essa organização, buscando fortalecer a luta internacional coletiva, realizou uma convocação para uma "Grande Assembleia Internacional de Trabalhadores de Aplicativos", pontuando a necessidade de consolidar uma "ação mundial" após a greve internacional de 8 de outubro (ORGANIZACIÓN DE REPARTIDORES UNIDØS, 2020a, tradução livre do espanhol).

No mesmo sentido, realizou convocação para uma Plenária Internacional, organizada pela Agrupación ATR no dia 20 de julho, para continuar a luta após as três greves internacionais que já haviam ocorrido, tendo como pautas, dentre outras: (1) que a atividade realizada por eles fosse regulada; (2) o posicionamento contrário à precarização a que estão submetidos; (3) a busca por justiça para os entregadores que faleceram; (4) uma maior organização

internacional (ORGANIZACIÓN DE REPARTIDORES UNIDOS, 2020b). Nessas duas assembleias, é perceptível a preocupação com uma organização não só em nível nacional, mas também internacional bem estruturada, de modo a unificar a luta ao redor do globo. Por fim, ainda com relação às novas signatárias da terceira greve internacional, a Motociclistas Unidos México é uma ONG que luta pelos direitos dos motociclistas mexicanos como um todo. Eles defendem, sobretudo, a existência de um piso salarial para motociclistas, bem como uma maior segurança no trânsito (cf. MOTOCICLISTAS UNIDOS ONG DE LA CIUDADE DE MEXICO, 2020).

A quarta greve internacional do dia 8 de outubro contou com a adesão de organizações da Itália, Japão, França, Alemanha, Reino Unido e EUA. Também teve o apoio de mais uma organização do Brasil (Entregadores do Breque); da Argentina (Dar vuelta todo – precarizados e informales); da Colômbia (MNRPD - Movimiento Nacional de Repartidores de Plataformas Digitales) e do Equador (Observatorio de Pataformas). O Dar vuelta todo – precarizados e informales, constituído em 2020, define-se como um "coletivo nacional de trabalhadorxs precarizadxs e informais" (DAR VUELTA TODO, 2020), assim, abraçando a causa não só dos entregadores, mas de todo e qualquer trabalhador informal que se encontre em condições precárias de trabalho.

O Movimiento Nacional de Repartidores de Plataformas Digitales possui um grupo no *facebook,* criado em agosto de 2020, que se define como um "grupo criado com a finalidade de ajudar os entregadores da Colômbia a lutarem por melhores condições de trabalho para todos e por um trabalho digno" (MOVIMIENTO NACIONAL DE REPARTIDORES DE PLATAFORMAS DIGITALES, 2020, tradução livre do espanhol). Por fim, o Observatorio de Plataformas, constituído em 2020, pontua ser um observatório que tem como objetivo, segundo eles, "repensar as formas de trabalho nas economias de plataforma. Acreditamos que é preciso gerar momentos de diálogo, crítica e luta, por condições dignas de trabalho" (OBSERVATORIO DE PLATAFORMAS, 2020a, tradução livre o espanhol). Nesse sentido, expõe no seu perfil do *instagram* a precarização a que estão sujeitos os entregadores e os motoristas de plataformas digitais. A respeito das condições de trabalho nas plataformas de entrega do Equador, por exemplo, apresentam a seguinte imagem ilustrativa[9]:

[9] Em tradução livre do espanhol: 69% dos entregadores trabalham 7 dias da semana e 31% entre 2 e 7 dias. Quanto às horas de trabalho por semana, a imagem destaca que 90% dos entregadores trabalham entre 1 e 80 horas e 10% entre 81 e mais de 120 horas.

Figura 1 – Condições de Trabalho nas plataformas de entrega do Equador



Fonte: OBSERVATORIO DE PLATAFORMAS, 2020b

A partir das análises realizadas, pode-se observar que a maior parte das organizações se autodenomina como um "grupo" ou um "coletivo", o que mostra, justamente, a informalidade em suas constituições. Outra prova dessa informalidade é a maior parte da comunicação com os entregadores ser realizada através das redes sociais. Além disso, pode-se notar que a união coletiva é buscada através dos movimentos grevistas e da realização de plenárias ou assembleias, a fim de levantar as pautas da luta dos entregadores e melhor organizá-las e fortalecê-las no âmbito nacional, internacional e até regional - como observado no caso do Ni un repartidor menos, ao buscar líderes para cada região do México.

Por fim, a respeito da constituição dessas organizações, podem-se dividir os dados verificados em três grupos: (i) algumas tiveram como impulso um fato de injustiça particular contra um entregador - como o atropelamento do entregador José Manuel Matías (Ni un Repartidor Menos) e o bloqueio de Paulo

Já as entregadoras mulheres trabalham em média 29 horas semanais, o que se deve, segundo o observatório, a papeis de gênero, como o trabalho de cuidado e o fato de a entrega ser considerada uma atividade masculina.

Lima (Entregadores Antifascistas) - para serem constituídas; (ii) outras surgiram tendo como base fatos mais gerais, como a própria precarização a que esses trabalhadores estão submetidos, como a Agrupación ATR; (iii) algumas organizações foram constituídas para englobar causas mais genéricas que abarcam esses trabalhadores, como o Dar vuelta todo – precarizados e informales; (iv) outras surgiram devido ao crescimento da luta coletiva com a exacerbação da precarização durante a pandemia de Covid-19, como o Riders Unidos Ya Chile.

CONCLUSÃO

A proposta central do artigo consistiu, portanto, em analisar os movimentos internacionais de paralisação dos trabalhadores de entrega por plataformas digitais, com foco para o âmbito da América Latina e para o contexto da pandemia de Covid-19 em 2020. Nesse cenário, buscamos compreender os contornos sociais das paralisações dos dias 22 de abril, 29 de maio, 1º de julho e 8 de outubro de 2020. Porém, a forma de análise desses movimentos não se caracterizou por uma observação que se pretendesse objetiva ou estanque, mas, sim, pela escolha epistemológica de fazer partir a investigação da subjetividade dos trabalhadores, por meio das narrativas nos instrumentos de convocação e das formas de articulação das organizações que assinaram tais convocações.

Nesse sentido, o primeiro item do desenvolvimento se dedicou a uma investigação discursiva do conteúdo dos documentos oficiais de divulgação das quatro paralisações internacionais mencionadas. Tais fontes primárias foram extraídas, em sua maioria, da página de *facebook* da Agrupación ATR, organização argentina signatária desses documentos desde a primeira paralisação internacional (de 22 de abril de 2020). Uma vez que esses movimentos são convocados e divulgados por meio das redes sociais, a escolha dessa forma de extração dos documentos primários se revelou a mais fidedigna possível. Note-se que, como advertido no momento oportuno, analisamos documentos em língua espanhola e em língua portuguesa, sempre que disponíveis.

Através dessa investigação, bem como da compreensão de discurso enquanto um complexo enunciativo que não é estabilizado nem estanque, percebemos a existência de significativas disputas narrativas na construção do arcabouço discursivo veiculado nos instrumentos de convocação. Procedemos a essa pesquisa a partir do delineamento de três vertentes básicas, através das quais

pudemos verificar: (i) disputas em torno da nomenclatura do movimento (greve, paralisação e breque) e seus possíveis sentidos; (ii) a caracterização do movimento como internacional não só por agregar organizações de diversos países, mas também (e sobretudo) pela compreensão de que as demandas dos trabalhadores são comuns em todo o mundo, assim como o são os interesses das multinacionais que gerenciam as plataformas; (iii) uma tendência de, com o desenvolvimento das paralisações ao longo dos meses, agregar demandas não só imediatas e estritamente vinculadas à pandemia, mas de largo alcance.

Por sua vez, no item seguinte, analisaram-se as organizações da América Latina signatárias dos documentos de convocação para os quatro movimentos grevistas internacionais, focando na natureza, constituição e formas de organização. Foi observada, quanto à natureza, a informalidade dessas organizações, não enquadradas como sindicatos, definindo-se, em sua maioria, como um "grupo" ou um "coletivo". Quanto à constituição, notou-se que: (i) algumas tiveram, como impulso definitivo para sua criação, a ocorrência de injustiças em casos específicos (como a Ni un Repartidor Menos e os Entregadores Antifascistas); (ii) outras surgiram em virtude, exclusivamente, de fatos gerais, como a própria precarização do trabalho (como a Agrupación ATR); (iii) algumas organizações foram criadas para englobar causas mais genéricas (como a Dar vuelta todo – precarizados e informales); (iv) outras se constituíram devido ao robustecimento da luta coletiva no cenário de exacerbação da precarização na pandemia de Covid-19 (como o Riders Unidos Ya Chile). Por fim, quanto às formas de organização, pôde-se perceber que utilizam, principalmente, as redes sociais para realizar o contato com os entregadores, bem como para convocar greves e assembleias. Em última análise, o que pode ser verificado é a busca por uma organização coletiva bem estruturada, desde o âmbito regional até o âmbito internacional.

Dessa forma, foi possível também constatar, além das conclusões supramencionadas, que se encontra em marcha um movimento de internacionalização da organização coletiva dos trabalhadores de entrega por plataformas digitais, tendo em vista a adesão crescente de grupos e coletivos provenientes de distintas partes do mundo às paralisações. Essa articulação, frise-se, tende a se estender para além da pandemia, principalmente se tomarmos em conta que, ao longo das manifestações, pautas de viés duradouro passaram a ser inseridas no rol de reivindicações. Além disso, pudemos analisar o surgimento e o fortalecimento de novas formas de articulação organizativa dos entregadores,

além do fato de que, ao invés de se constituírem como fenômenos sociais estáticos, os movimentos grevistas possuem caráter dinâmico e envolvem narrativas, discursos e construções de sentido plurais.

REFEFÊNCIAS

AGRUPACIÓN ATR. *22 de abril Paro Internacional de Repartidores*: Comunicado Internacional de Repartidores. Disponível em: <https://www.facebook.com/agrupacionatr/photos/a.351555408798159/564161744204190/?type=3&theater>. Acesso em: 05 dez. 2020, 16:05:00.

AGRUPACIÓN ATR. *Chamamento Internacional*: 8 de outubro, 4to Breque Internacional de Entregadores. Disponível em: <https://www.facebook.com/agrupacionatr/photos/a.515518125735219/664609970826033/?type=3&theater>. Acesso em: 05 dez. 2020, 16:15:00.

AGRUPACIÓN ATR. *Comunicado Internacional de Repartidores*. Disponível em: <https://www.facebook.com/agrupacionatr/photos/a.351555402131493/583662165587481/?type=3&theater>. Acesso em: 05 dez. 2020, 16:10:00.

AGRUPACIÓN ATR. *Comunicado Internacional*: 1/7 vamos a un nuevo paro internacional de repartidores. Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/agrupacionatr/posts/?ref=page_internal>. Acesso em: 05 dez. 2020, 16:13:00.

AGRUPACIÓN ATR. *Declaración Internacional de Repartidores*. Disponível em: <https://www.facebook.com/agrupacionatr/photos/a.351555408798159/628828367737527/?type=3&theater>. Acesso em: 05 dez. 2020, 16:20:00.

AGRUPACIÓN ATR. *Declaración Internacional*: 8 de octubre, 4to Paro Internacional de Repartidores. Disponível em: <https://www.facebook.com/agrupacionatr/photos/a.515518125735219/664609970826033/?type=3&theater>. Acesso em: 05 dez. 2020, 16:15:00.

AGRUPACIÓN ATR. Página Inicial do Facebook. Disponível em: < https://www.facebook.com/agrupacionatr> Acesso em: 14 dez. 2020, 12:34:00.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho digital, "indústria 4.0" e uberização do trabalho. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Thiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (orgs.). *Futuro do trabalho:* os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020. p. 347-356.

AGRUPACIÓN ATR. *Plenario Nacional de ATR*. Disponível em: < https://www.facebook.com/agrupacionatr/photos/a.351555408798159/692638164689880/> Acesso em: 14 dez. 2020, 12: 42:00.

BENJAMIN, Walter. Tese VIII sobre o conceito de história. In: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*: Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

BILBAO, Andrés. *Trabajo, empleo y puestos de trabajo*. In: Política y sociedad, 34, 2000, p. 69-81.

BRECHT, Brecht. Fragen eines lesenden Arbeiter. In Kalender Geschichten. Hamburgo: Hamburgo Rowohlt, 1989. In: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio:* Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

CINÉTICA, Cinema e Crítica. *"A diferença na forma é um termômetro da luta"* – Entrevista com militantes do canal Treta no Trampo. Disponível em: < http://revistacinetica.com.br/nova/entrevista-com-treta-no-trampo/> Acesso em: 14 dez. 2020, 13:54:00.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-858/08*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-858-08.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020, 11:52:00.

DAR VUELTA TODO. *Perfil do Instagram*. Disponível em: < https://www.instagram.com/darvueltatodo.precarizadxs/?igshid=12nv5on9yruaq> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:35:00.

DOMÊNICO, Deivid et al. *História para ninar gente grande*. Samba-enredo da Mangueira no carnaval de 2019. Intérprete: Marquinho Art' Samba. Disponível em: <http://liesa.globo.com/>. Acesso em: 01 dez. 2019, 18:05:00.

DO.TRABALHADOR. *Entregadores e as condições de trabalho na pandemia.* 2020. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=Ijt439vuy5o&t=3250s> Acesso em: 14 dez. 2020. 13:42:00

ENTREGADORES ANTIFASCISTAS. *Relato de Paulo Lima*. Disponível em: < https://www.instagram.com/p/CE7yctlH-6a/?igshid=4khevqgm2qbp&fbclid=IwAR3OghKKFYDOOb1CTxgEBCLRNRtZZIJL-Wgoupj4__Xh6uIcTQejhhaRXY0> Acesso em: 14 dez. 2020, 13:35:00.

FONTES, Virgínia. *Capitalismo em tempos de uberização*: do emprego ao trabalho. In: Marx e o marxismo, v. 5, n. 8, 2017, p. 45-67.

INFOLEG (Información legislativa). *CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA*. Disponível em: < http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Acesso em: 11 dez. 2020.

GLOVERS COSTA RICA. *Grupo do Facebook*. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/582388555526296/about> Acesso em: 11 jan. 2021, 17:54:00.

GLOVERS UNIDOS ESPAÑA. *Grupo do Facebook*. Disponível em: < https://www.facebook.com/groups/583529788932588/about> Acesso em: 14 dez. 2020, 12:56:00.

GLOVERS ECUADOR, 2020. *Foto de capa do Facebook*. Disponível em: < https://www.facebook.com/102966661386991/photos/a.102973674719623/102973654719625> Acesso em: 14 dez. 2020, 13:12:00.

Glovers Elite de Guatemala. *Perfil do Instagram*. Disponível em: < <https://www.instagram.com/gloverselitegt/?igshid=8833pzgqnca8&fbclid=IwAR0eSF56v6ZgxvDYmsNKi6f_UpFyrfGZUZqts4Y0bc_FNoOh5fcFV6Z2iuw> Acesso em: 11 jan. 2021, 17:56:00.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho e Ideologia*. Coimbra: Almedina, 2011.

LUXEMBURGO, Rosa. *Textos escolhidos (1914-1919)*. Vol. II. Org. e trad.: Isabel Loureiro. 3ª ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

MARX, Karl. *O Capital:* Crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital. Tradução: R. Enderle. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MOTOCICLISTAS UNIDOS ONG DE LA CIUDADE DE MEXICO, 2020. *Perfil do facebook*. Disponível em: <https://www.facebook.com/mucmamONG2016/> Acesso em: 14 dez. 2020. 19:15:00.

MOVIMIENTO NACIONAL DE REPARTIDORES DE PLATAFORMAS DIGITALES. *Grupo do Facebook*. Disponível em: <

https://www.facebook.com/groups/2832830006944841/about> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:39:00.

NI UN REPARTIDOR MENOS. *En tu pedido, va mi vida*. Disponível em: < https://nosotrxs.org/en-tu-pedido-va-mi-vida/> Acesso em: 11 dez. 2020.

NI UN REPARTIDOR MENOS. *Eventos y convocatorias*. Disponível em: < https://nosotrxs.org/eventos-y-convocatorias/> Acesso em: 11 dez. 2020.

NIUNREPARTIDORMENOSPERU. *Comunicado Internacional*: 1/7 vamos a un nuevo paro internacional de repartidores. Disponível em: <https://www.facebook.com/108545750783756/photos/pcb.155478239423840/155478156090515/?type=3&theater>. Acesso em: 06 dez. 2020, 15:05:00.

OBSERVATORIA DE PLATAFORMAS. *Objetivo*. 29 de junho de 2020. Disponível em: < https://www.instagram.com/p/CCBm4-2hmiN/?igshid=1ksoxlag6wjku> Acesso em: 14 dez. 2020. 20:04:00.

OBSERVATORIA DE PLATAFORMAS. *Condiciones de Trabajo en las aplicaciones de reparto en Ecuador*. 01 de outubro de 2020. Disponível em: < https://www.instagram.com/p/CFzu7_UJpMn/?igshid=1bnrbwgodoj6> Acesso em: 14 dez. 2020, 20:05.

ORGANIZACIÓN DE REPARTIDORES UNIDØS. Convocação para a Grande Assembleia Internacional de trabalhadores de aplicativo. Disponível em: < https://www.facebook.com/repartidoresunidxs/photos/a.170820008261079/3188503257914080> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:11:00.

ORGANIZACIÓN DE REPARTIDORES UNIDØS. Convocação para o Plenário Internacional de ATR. Disponível em: < https://www.facebook.com/repartidoresunidxs/photos/a.170820008261079/2869153483182394> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:13:00.

ORGANIZACIÓN DE REPARTIDORES UNIDØS. *Perfil do Facebook*. Disponível em: < https://www.facebook.com/repartidoresunidxs/> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:09:00.

PÊCHEUX, Michel. *O discurso*: estrutura ou acontecimento. Tradução de Eni Orlandi. 5ª ed. Campinas: Pontes, 2008.

REDAPPS UNIDOS, ARGENTINA. *Perfil do Twitter*. Disponível em: < https://twitter.com/redappsarg?s=11 > Acesso em: 14 dez. 2020, 15:14:00.

REDAPPS UNIDOS, ARGENTINA. *Documento de convocação para a Primeira Assembleia de Entregadores de todos os aplicativos da Argentina.* Disponível em: < https://www.facebook.com/redappsunidosargentina/photos/a.100612028230925/131936748431786/> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:04:00.

REDAPPS UNIDOS, ARGENTINA. *Documento de convocação para a Primeira Assembleia de Entregadores de todos os aplicativos da Argentina*. Disponível em: < https://www.facebook.com/redappsunidosargentina/photos/a.100612028230925/138344454457682/> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:06:00.

REDAPPS UNIDOS, ARGENTINA. *Documento de convocação para a Terceira Assembleia de Entregadores de todos os aplicativos da Argentina*. Disponível em: <https://www.facebook.com/redappsunidosargentina/photos/a.100612028230925/150056219953172/> Acesso em: 14 dez. 2020, 19:06:00.

RIDERS UNIDOS YA CHILE. *Perfil do Twitter*. Disponível em: < https://twitter.com/riderunidosyacl> Acesso em: 11 jan. 2021, 18:01:00.

TRETA NO TRAMPO. *Paralisação dos Apps 1º de Julho*. Disponível em:

<https://www.facebook.com/tretanotrampo/photos/a.117238869922650/154807279499142/?type=3&theater>. Acesso em: 06 dez. 2020, 16:08:00.

OS SERVIÇOS DE ENTREGA POR APLICATIVO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Carolina de Souza Novaes Gomes Teixeira
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Adjunto I nos cursos de graduação em Direito. Mestre e Doutora em Direito Material e Processual do Trabalho pela mesma instituição. Belo Horizonte, Brasil. carolinasnovaes@gmail.com

Débora de Jesus Rezende Barcelos
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Trabalho, Democracia e Efetividade com bolsa de pesquisa do CNPq – Brasil. Belo Horizonte, Brasil. deboradejesus.barcelos@gmail.com

Iris Soier do Nascimento de Andrade
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Trabalho, Democracia e Efetividade com bolsa de pesquisa da CAPES. Belo Horizonte, Brasil. irissoier@hotmail.com

Resumo: Com o avanço tecnológico e o advento da Indústria 4.0 passa-se a se observar uma forte presença e influência das tecnologias digitais, capazes de proporcionar maior conectividade, mobilidade e o incremento do consumo de bens e serviços. Ainda, é possível observar uma mudança no comportamento do mercado de trabalho, que busca se amoldar à nova face do capital. Como uma das consequências observadas tem o que se denomina uberização. O neologismo remete à empresa Uber, plataforma tecnológica capaz de captar motoristas, denominados parceiros, para a prestação de serviços de viagens particulares. No entanto, o termo uberização não se refere apenas àquela empresa, ao contrário, trata-se de um novo modo de organização, gerenciamento e controle do processo de trabalho. Em paralelo às mudanças no mundo digital e ao aumento da flexibilidade nas relações de trabalho, o mundo vivenciou a pandemia de Covid-19, paralisando temporariamente a prestação de diversos setores. Um dos consectários foi o aumento da demanda por serviços prestados pelas empresas aplicativo e o incremento dos trabalhadores na informalidade. Em função disso, o artigo objetiva analisar os impactos socioeconômicos da pandemia nos serviços de entrega por aplicativo e nos trabalhadores desse setor, bem como, a responsabilidade dessas plataformas em caso de contágio de seus trabalhadores pelo Novo Coronavírus no decorrer da prestação de serviços. Como hipótese, defende-se a responsabilização civil das *empresas-app* em havendo a referida contaminação dos entregadores durante seu trabalho, além da necessária observância dos demais direitos trabalhistas. A justificativa da presente pesquisa se dá em razão da atualidade do tema e da instabilidade jurisprudencial e doutrinária no tocante a questão. A metodologia utilizada, por seu turno, passará

pelo método monográfico analítico, fazendo uso do levantamento bibliográfico e estatístico enquanto técnica de investigação.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Uberização. Pandemia. Corona Vírus.

Abstract: With technological advances and the advent of Industry 4.0, there is a strong presence and influence of digital technologies, capable of providing greater connectivity, mobility and increased consumption of goods and services. Still, it is possible to observe a change in the behavior of the labor market, which seeks to adapt to the new face of capital. As one of the consequences observed has what is called uberization. The neologism refers to the company Uber, a technological platform capable of attracting drivers, called partners, for the provision of private travel services. However, the term uberization does not refer only to that company, on the contrary, it is a new way of organizing, managing and controlling the work process. In parallel with the changes in the digital world and the increase in flexibility in working relationships, the world experienced the Covid-19 pandemic, temporarily paralyzing the provision of various sectors. One consectary was the increased demand for services provided by application companies and the increase in workers in informality. As a result, the article aims to analyze the socioeconomic impacts of the pandemic on application delivery services and workers in that sector, as well as the responsibility of these platforms in case of contagion of their workers by the New Coronavirus during the provision of services. As a hypothesis, civil liability of app-companies is defended in the event of the said contamination of delivery personnel during their work, in addition to the necessary observance of other labor rights. The justification for the present research is due to the topicality of the theme and the jurisprudential and doctrinal instability regarding the issue. The methodology used, in turn, will go through the analytical monographic method, making use of the bibliographic and statistical survey as an investigation technique.

Keywords: Labor Law. Uberization. Pandemic. Corona Virus.

1. INTRODUÇÃO

O mundo, em um constante processo de mudança e evolução, partiu, mais uma vez, para uma nova etapa do sistema capitalista: a presença das empresas plataformas e a implementação da denominada economia compartilhada. A soma desses dois fatores leva ao que se conhece como processo de uberização.

O neologismo formado a partir do nome da empresa de transporte por aplicativo Uber, traz consigo a ideia de trabalhadores flexíveis, informais, sem acesso à direitos trabalhistas, sob o discurso do empreendedorismo. Seriam

"parceiros" das plataformas, dividindo com elas, ao menos em tese, o lucro da atividade econômica ali desenvolvida.

Com a declaração da pandemia de Covid-19 em 2020, houve um aumento expressivo tanto pela inscrição de novos trabalhadores nessas plataformas, quanto da procura do serviço ofertado pelas empresas de aplicativos pelos clientes, os quais, prezando pelo distanciamento social, acabam por fazer mais uso do serviço de entrega de comida, compras, medicamentos e outras coisas.

Sem a possibilidade de serem incluídos em regimes de teletrabalho ou de realizarem o confinamento social voluntário e obrigatório, quando é o caso, os trabalhadores das empresas por aplicativo se veem suscetíveis ao risco de contágio pela doença que o mundo quer evitar. Entretanto, por não se enquadrarem formalmente como empregados, não teriam os mesmos direitos e garantias conferidas aos trabalhadores empregados.

Posto isto, o objetivo do presente artigo é analisar o desenvolvimento dos serviços de entrega por aplicativo durante a pandemia de Covid-19, levantando o questionamento acerca da responsabilidade em caso de adoecimento do trabalhador que presta serviço para as empresas plataforma.

Para alcançar o objetivo proposto o estudo foi dividido em quatro seções. Na primeira, serão tecidas breves considerações acerca do processo de uberização, como surgiu e como se desenvolveu. Na segunda seção, será realizada a análise dos impactos socioeconômicos da declaração da pandemia, tendo como pano de fundo os trabalhadores por aplicativo. Na terceira parte, será analisada como se dá a prestação dos serviços de entrega por aplicativo. Na quarta seção, será abordado o fato de os trabalhadores de aplicativo estarem constantemente expostos ao risco de contágio, levantando o questionamento acerca da responsabilidade civil em caso de adoecimento de um entregador. Ao final, serão trazidas as conclusões.

2. O CRESCENTE PROCESSO DE UBERIZAÇÃO

Desde o início do sistema capitalista, com o enfraquecimento do sistema feudal a partir do século XV, o mundo vem experimentando mudanças na forma de produzir. A 1ª Revolução Industrial Inglesa, iniciada no século XVIII representou a passagem da manufatura para o sistema fabril, utilizando a água e o vapor para mecanizar o processo produtivo, da máquina de fiar e do tear mecânico (BRAGHINI, 2017).

Com o término da 1ª Guerra Mundial passou-se a identificar o início da 2ª Revolução Industrial, caracterizada pelo estabelecimento de um novo e universal padrão dos processos produtivos, dada a inovação promovida por Henry Ford (BRAGHINI, 2017). O modelo de produção fordista/taylorista foi marcado pela execução do trabalho de forma cronometrada e acelerada; a realização de todas as etapas produtivas concentrada em uma única empresa e por um trabalho fragmentado, sendo cada etapa executada por um ou mais operários (CUNHA, 2018).

Devido às novas descobertas e às novas formas de produzir experimentadas, o modo de produção fordista/taylorista entrou em crise, dando espaço a um novo modelo de produção, o Toyotismo. Este novo modelo foi marcado por fabricações de produtos cujo tempo de vida não eram mais tão extensos e pela produção de forma descentralizada e dividida em etapas, havendo, portanto, a necessidade de realização de subcontratação (EBERT, 2018).

Nesse sentido, Ana Carolina Reis Paes Leme, aduz que:

> Nessa economia pós-fordista, o tamanho potencial do mercado é substituído pelo número virtual de usuários da rede e os preços dos produtos pelo custo da instalação da rede relacionada à coleta de informações gratuita que ela permite acumular, ou seja, o sucesso da empresa está umbilicalmente ligado ao êxito da captura da cooperação social (LEME, 2019, p.66).

As inovações realizadas na administração empresarial pelo modelo toyotista alteraram a unidade produtiva, que passou a adaptar a produção à demanda de mercado, sendo a produção determinada pelo consumo e não mais o contrário (BRAGHINI, 2017). Na sequência da evolução da sociedade, com a revolução tecnológica provocada pelo uso da informática, deu-se início à 3ª Revolução Industrial, nos anos 1960.

Lynda Gratton, citada por Marcelo Braghini (2017, p. 69-70) explica que, em relação ao trabalho, o uso intensivo da informática levou à fragmentação das atividades, com uma exigência crescente de profissionais flexíveis, levando à pulverização dos trabalhadores, com a superação dos escritórios físicos.

> Dentro desta mesma perspectiva contemporânea a autora destaca novos modelos de negócio, que passam a exigir atividades repetitivas de baixa qualificação, gerando um grande contingente de trabalhadores a margem dos sistemas sociais de proteção, mal remunerados e vinculados a empregos de tempo parcial que não asseguram o mínimo necessário a uma vida digna, não acompanhando a elevação do custo de vida de questões essenciais,

> como habitação e alimentação, especialmente nos grandes centros urbanos. (BRAGHINI, 2017, p. 70)

Ricardo Antunes e Giovanni Alves (2004, p. 337-338) explicam que a classe trabalhadora atual não é a mesma do século passado, em função das mutações sofridas na sua formação ao longo dos anos, se tornando uma classe heterogênea, fragmentada e complexa. Com isso, o proletariado industrial vem diminuindo, dando lugar a formas mais desregulamentadas de trabalho, reduzindo fortemente o conjunto de trabalhadores estáveis que se estruturavam por meio de empregos formais.

Como consequência, há um crescimento de um novo proletariado fabril e de serviços. Esses novos postos, majoritariamente precarizados, são compostos pelos "terceirizados, subcontratados, *part-time*, entre tantas outras formas assemelhadas, que se expandem em escala global" (ANTUNES; ALVES, 2004, p. 337-338).

Toda essa nova conjuntura de fatores socioeconômicos levou à reinvenção de diversos modelos de negócios, reestruturando os sistemas de produção, o consumo e a entrega de serviços. Com isso, deu-se espaço a uma forte presença de plataformas digitais, capazes de alterar a mobilidade, a conectividade, o transporte e a prestação de serviços.

Assim, abriu-se espaço para a implementação da denominada economia compartilhada, na qual os trabalhadores e as empresas a eles vinculadas seriam parceiros, supostamente dividindo os ganhos obtidos. Ana Carolina Reis Paes Leme explica que:

> A partir de 2009, com o surgimento da denominada web de compartilhamento, foi consolidada a economia colaborativa em massa, que tornou possível a intermediação eletrônica do trabalho. Com a criação da Web e, sobretudo, face a eclosão da internet das coisas, permitiu-se a conexão entre objetos e utensílios domésticos em rede. Nesse contexto, o capitalismo cognitivo tem seu ápice e o controle, antes ditada pela esteira de produção vigiada por um superior hierárquico, passa a ser exercido por um algoritmo inserido no software e, assim, quem está na esteira de produção é o próprio indivíduo. (LEME, 2019, p.72).

A Uber implementou uma nova forma de modelo de transporte de passageiros, com base em uma forte estratégia de *marketing*:

> No início de ano de 2016, a Uber mostrou ao mundo seu plano de "colocar mais pessoas em menos carros", em palestra proferida por seu CEO, Travis Kalanich. Defendeu que seu novo modelo de transporte de passageiros poderia reduzir os congestionamentos, a contaminação do meio ambiente e os espaços ocupados por estacionamentos veiculares, ao colocar um número maior de indivíduos em um menor número de automóveis, por meio de seus smartphones. (...) A projeção apresenta o Uber World após a implantação de todo o projeto de introdução de parques no lugar de estacionamentos, em um plano de recuperação do meio ambiente nas grandes cidades espalhadas pelo globo terrestre. (...) É possível dizer que sempre fez parte da estratégia de marketing da Uber difundir, como missão institucional, noções como melhoria do meio ambiente, redução da poluição, retomada das áreas verdes das cidades e incentivo ao compartilhamento de carros, ou seja, valores do novo milênio. A empresa também enfatiza que o mais importante são as pessoas a quem serve: os motoristas. (LEME, 2019, p. 35-36).

E com essa narrativa a Uber e os demais modelos de aplicativos que se denominam de economia colaborativa vêm crescendo e ganhando cada vez mais espaço, incluindo na sociedade brasileira, levando a um aumento da informalidade, do trabalho desprotegido e da precariedade. A ideia por trás desse discurso é a de que o trabalhador, quando empreendedor terá mais sucesso, fará melhor gestão de seus ganhos, terá livre domínio do seu tempo, sucesso financeiro e profissional. Robert Castel (2012, p. 204, tradução nossa) explica essa necessidade de os trabalhadores se tornarem independentes:

> A exortação a ser um indivíduo tornou-se em nossa sociedade um imperativo categórico apoiado pela ideologia liberal dominante: ser autônomo e responsável, demonstrar iniciativa, assumir os próprios riscos. Mas, de acordo com essa lógica, se faz pesar sobre todos os indivíduos, inclusive sobre aqueles que não têm os recursos objetivos para enfrentá-la, essa exigência de se comportar como sujeitos independentes.[1]

Não obstante a empresa Uber não seja a única empresa plataforma a adotar a economia compartilhada, em razão de seu porte e expressão a nível global, o fenômeno dessas empresas plataformas baseadas na economia colaborativa ficou conhecido como "uberização", refletindo nas relações de trabalho um novo padrão de organização do trabalho, com base no avanço tecnológico.

---

[1] *La exhortación a ser un individuo se ha convertido en nuestra sociedad em un imperativo categórico sustentado por la ideologia liberal dominante: ser autônomo y responsable, demostrar iniciativa, asumir uno mismo los riesgos. Pero, según esta lógica, se hace pesar sobre todos los individuos, incluso sobre aquellos que no tienen los recursos objetivos para enfrentarla, esa exigencia de conducirse como sujeitos indepedientes.*

Não se pode ignorar, entretanto, que a uberização:

> [...] sintetiza a própria ideia do ***Dumping*** *Social*, impossibilitando qualquer tipo de concorrência em mercados similares que utilizem o conceito da "relação de emprego", representado no mundo todo pelo trabalho subordinado, o que pode vir a contaminar toda a economia e mercado de trabalho, como elemento indispensável a rentabilidade das empresas e negócios. (BRAGHINI, 2017, p. 72, grifos do autor)

O fenômeno da uberização pode levar à ocorrência da concorrência desleal, na medida em que o aplicativo não é um produto em si, ele se mostra apenas como um instrumento que viabiliza a venda de um serviço de transporte. Além disso, "não é verdade que o produto explorado pela empresa é meramente a ferramenta eletrônica, o aplicativo oferecido aos motoristas. A empresa [no caso, a uber] oferece no mercado um produto principal: o transporte de passageiros" (BRAGHINI, 2017, p. 73).

O crescimento do fenômeno da uberização é inegável, sobretudo se for considerado o amplo alcance de usuários e clientes, posto que, em um mundo conectado, as empresas plataformas entregam, efetivamente, um incremento na comodidade para os consumidores. Segundo reportagem veiculada na BBC News, "um estudo do Instituto Locomotiva, publicado pelo jornal O Estado de São Paulo, apontou que quatro milhões de pessoas trabalham para essas plataformas no Brasil hoje - 17 milhões usam os serviços regularmente" (MACHADO, 2019, *online*).

Leandro Machado (2019), explica que os motoboys que fazem jornadas de 12 horas diárias, por exemplo, ganham cerca de R$ 4 mil mensais, em média.[2] Já, os ciclistas ouvidos pela reportagem relataram fazer jornadas de mais de 12 horas diárias, trabalhar muitas vezes sem folgas e até dormir na rua para emendar um horário de pico no outro, sem voltar para casa. Em média, eles conseguem uma renda mensal de R$ 2 mil, segundo relatos. As empresas não revelam dados sobre o perfil de seus "colaboradores", mas, em uma semana de conversas informais, a reportagem da BBC News constatou que grande parte pertence às classes mais baixas, mora em bairros periféricos e tem dificuldade para conseguir empregos no mercado formal, sendo este o perfil geral dos trabalhadores uberizados.

---

[2] MACHADO, Leandro. Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. *BBC News Brasil Website*, 22 maio 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340. Acesso em: 23 jun. 2019.

Não bastasse todo esse contexto de precariedade, cujo quadro é agravado pelo crescente processo de uberização, a declaração da pandemia de Covid-19, no ano de 2020, agravou a situação dos trabalhadores vinculados às empresas por aplicativo. Os motoristas das empresas de transporte podem ter observado uma redução drástica de sua carga de trabalho, em função da redução da circulação de pessoas, enquanto os entregadores de empresas de entrega de comida podem ter experimentado um aumento na demanda, pelo mesmo motivo.

Ocorre que esse aumento de demanda não significa diretamente uma melhora na prestação de serviços, podendo ser um indicativo de que a denominada economia compartilhada pode ser a força motriz para o aumento da informalidade e do trabalho precário, conforme será mais bem analisado adiante.

3. DECLARAÇÃO DA PANDEMIA E SEUS IMPACTOS SOCIOECONÔMICOS

Em dezembro de 2019, devido a um vírus ainda desconhecido, a cidade de Wuhan, na China, vivenciou um surto de pneumonia. Em algumas semanas, pesquisadores chineses sequenciaram o genoma do vírus que estava causando as infecções, afirmando se tratar de um novo coronavírus[3]. O novo vírus se espalhou rapidamente por vários países do mundo.

Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou pandemia de Covid-19 devido à rápida disseminação do vírus Corona. Desde então, muitas foram as medidas implementadas em âmbito global e local, alterando a dinâmica das relações sociais, levando a suspensão de atividades não essenciais, a implementação de educação à distância, dentre outras.

Como consequência da declaração da pandemia e a chegada do vírus ao Brasil, em 17 de março de 2020, foi recomendado o confinamento social preventivo, em uma tentativa de conter a proliferação do vírus no País. A medida levou à suspensão de algumas atividades e a necessidade de reformulação de várias outras, levando, em função disso, inúmeros trabalhadores a perderem seus postos

[3] Usa-se a terminologia novo coronavírus, em razão da existência de outras sete categorias de coronavírus que causam enfermidades em seres humanos, a exemplo da Sars e Mers.

de trabalho[4], a se submeterem aos bicos e a recorrerem às plataformas de serviços por aplicativo.

O confinamento social voluntário, que incialmente veiculou-se que duraria entre duas semanas e um mês, foi se estendendo até chegar um ponto de que os empresários e o comércio passaram a pressionar o governo por medidas de flexibilização, a fim de viabilizar a retomada gradual de algumas atividades

Como tentativa de minimizar as consequências desastrosas para as pessoas e para a economia, em 26 de março, o presidente Jair Bolsonaro sancionou benefício denominado "auxílio emergencial", no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) para os trabalhadores informais e R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) para as mães chefes de família, valor final aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo presidente em 1º de abril de 2020. (ROUBICEK, 2020, *online*)

As mudanças para contenção do avanço da doença e preservação da vida e da saúde, refletiram na forma como o trabalho é desenvolvido, impactando profundamente a classe trabalhadora. De imediato, considerando que uma das principais medidas destinadas a contenção da disseminação do vírus reside no isolamento social, tem-se que o choque causado pela ampla propagação da pandemia direcionou a uma grande e quase imediata parada das atividades econômicas.

Segundo Márcio Pochmann (2020), a queda na movimentação dos negócios ocasionada pela pandemia do Covid-19 tem gerado efeitos sem precedentes na história, inclusive, se comparado ao que ocorreu na crise global de 2008 e na distante depressão de 1929.

Ricardo Antunes (2020) explica que se presencia um processo de ampliação do empobrecimento e dos níveis de miséria da classe que vive do trabalho "cujo cotidiano é pautado ou por uma intensa exploração e precarização ou, o que é ainda mais brutal, pelo flagelo do desemprego, subemprego e da informalidade, fenômenos explosivos e que tem uma dimensão global". (ANTUNES, 2020, p. 181).

---

[4] Sobre o tema: GARCIA, Diego. Mais de 1,2 milhão de trabalhadores ficam desempregados no 1º trimestre**. Folha de São Paulo**. 30 de abril de 2020. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/desemprego-vai-a-122-com-avanco-do-novo-coronavirus.shtml > Acesso em 15 mai. 2020.

Conforme relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas (2020), a má recuperação do mercado de trabalho desde a crise econômica de 2015 potencializa os efeitos da pandemia, especialmente para as camadas mais pobres da população, proporcionando um aumento ainda maior dos níveis de desigualdade social na América Latina. (ONU, 2020).

Segundo dados recentemente divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), somente no Brasil, o número de desempregados subiu em 20,9% durante a pandemia, alcançando uma taxa de 13,2% de desocupação em contraponto a 11% em dezembro de 2019. (IBGE, 2020).

Além disso, segundo pesquisa realizada, o IBGE (2020) divulgou ainda, que 3,2 milhões de pessoas foram afastadas do trabalho em decorrência da pandemia sem receber qualquer tipo de remuneração e 30,1% das pessoas ocupadas tiveram uma redução significativa de seus rendimentos, recorrendo, 44,1% dos lares brasileiros ao recebimento de auxílio emergencial.

Boaventura de Souza Santos (2020), adverte, que a pandemia não é indiscriminada e atinge especificamente o público idoso e mais pobre. Segundo relatório da Organização das Nações Unidas (2020) "as comunidades pobres não só estão muito mais expostas ao contágio, mas quando pegam o vírus, possuem muito menos recursos para a devida atenção ao tratamento".

> Grande parte da população do mundo não está em condições de seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde para nos defendermos do vírus porque vive em espaços exíguos ou altamente poluídos, porque são obrigados a trabalhar em condições de risco para alimentar as famílias, porque estão presos em prisões ou em campos de internamento, porque não têm sabão ou água potável, ou a pouca água disponível é para beber e cozinhar, etc. (SANTOS, 2020, p. 23-24).

Observa-se, portanto, que o País está à beira de um colapso social profundo em que, as empresas, para manterem seus altos índices de lucro tentam fazer o que sempre fizeram, transferir todo o ônus da crise para a classe trabalhadora. Por conta disso, conforme ensina Ricardo Antunes (2020), os desafios a serem trilhados pela frente serão de grande monta, caso efetivamente se queira confrontar e combater toda a letalidade do sistema de capital, que se mostra ainda mais agressiva em tempos pandêmicos.

4. OS SERVIÇOS DE ENTREGA POR APLICATIVO

As primeiras décadas do século XXI trazem à tona um novo cenário da vida cuja articulação com a fluidez do tempo impõe um crescente apelo às facilidades inauguradas pelas novas tecnologias. O próprio telefone celular passa a oferecer alternativas para tarefas básicas do dia a dia, sejam de cunho empresarial quanto pessoal, por intermédio das chamadas empresas- aplicativo.

Nesse viés, potencializados pela vontade do consumidor de realizar um pedido e receber aquilo que precisa no conforto de sua casa ou de seu trabalho, assim como, a necessidade dos empresários de maximizarem seus lucros e suas vendas, os aplicativos de entrega unem o útil ao agradável, e, nesse rumo, têm dominado o mercado.

Segundo o Portal Consumidor Moderno (2019), os serviços de entrega por aplicativo crescem anualmente 20% no Brasil e 12% no mundo. Somente em 2018, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (ABRASEL) informou que o mercado dos aplicativos de *delivery* fechou com um faturamento de R$ 11 bilhões e a expectativa é que esse número continue em crescimento.

Com efeito, as necessidades que alimentam esse segmento são várias e crescentes, dentre elas, a falta de tempo das pessoas e a conturbação do trânsito. Ademais, em uma sociedade marcada pela ideologia do "faça você mesmo" e da produtividade máxima sob pena de descarte e substituição, o discurso da velocidade, rapidez, fluidez e personalização domina a competitividade. (ZANCHETA, 2019).

Nesse cenário, plataformas comerciais conhecidas como *marketplaces*[5] afirmam-se no mercado dentre os mais diversos segmentos. Algumas delas são horizontais e vendem produtos entre os mais variados, outras, porém, são mais segmentadas.

[5] *Marketplace* é o nome dado para plataformas virtuais que atuam como uma espécie de shopping center uma vez que operam com uma grande variedade de produtos e marcas de diferentes estabelecimentos comerciais. Conforme ensina Juliana Giolo Zancheta (2019, p. 05), "os *marketplaces* se diferenciam dos tradicionais e-commerces porque não vendem seus próprios produtos, são apenas uma plataforma mediada por uma empresa onde vários lojistas podem cadastrar e colocar seu estoque à venda".

Entre os exemplos dessa segmentação encontram-se as empresas Ifood, Uber Eats e Rappi, que além de se figurarem enquanto *marketplaces* também oferecem serviços de entrega.

Especificamente nesse ramo, tais plataformas funcionam a partir de um pedido que é previamente realizado pelo consumidor e posteriormente disponibilizado na plataforma para os *motoboys* mais próximos do ponto de partida, sendo que, aquele que aceitar o pedido primeiro, fica responsável pela corrida. Ressalta-se, que tais motofretistas são integralmente mapeados desde o momento em que se colocam "à disposição" da plataforma até o momento da efetiva entrega, dados estes que são fornecidos ao consumidor – nome, foto, avaliação de outros consumidores, trajeto a ser seguido etc. – a fim de que acompanhe em tempo real o deslocamento de seu produto, exercendo uma verdadeira vigilância sobre ele e sobre aquele que o transporta.

A respeito da estrutura operacional dessas empresas e utilizando-se a título de explicação daquelas mais conhecidas no mercado, insta mencionar que somente a empresa Ifood, criada em território nacional, está presente em mais de 450 cidades e 15 estados brasileiros, com mais de 15 mil restaurantes cadastrados e mais de 2 milhões de usuários ativos, processando cerca de 3 milhões de pedidos ao mês, sem mencionar os dados de suas ramificações no exterior. A Uber Eats, por sua vez, que chegou no Brasil em 2016 conta com a abrangência de mais de 250 cidades no mundo e a Rappi, que comporta a proposta inovadora de "entregar de tudo" – desde frutas e verduras até produtos de limpeza, remédios e dinheiro – com mais de 800 mil usuários, somente no Brasil. (ZANCHETA, 2019).

Embora se auto intitulem enquanto meras mediadoras que detêm os meios tecnológicos necessários a promoção e organização do encontro entre a oferta e a procura ao mesmo tempo em que negam a subordinação e a existência de qualquer tipo de vínculo empregatício no decorrer dessa intermediação, as famosas empresas-aplicativo operam, em realidade, novas formas de subordinação e controle.

Com efeito, a suposta transferência do gerenciamento do trabalho para o próprio trabalhador garante a eliminação de freios legais quanto à exploração do trabalho, o que permite a supressão de limites quanto a duração da jornada, remuneração e até mesmo quanto aos modos de execução da prestação dos serviços, banalizando e legitimando a transferência de custos e riscos para o trabalhador, sem que, contudo, haja a perda da produtividade ou do controle sobre ele.

Não é sem razão, que Ludmila Costhek Abílio (2020), referência nos estudos relacionados a uberização no Brasil chama os novéis trabalhadores das empresas-aplicativo de "autogerentes-subordinados". Segundo a pesquisadora, estes trabalhadores não podem ser considerados como "empreendedores de si mesmos" pois além de não possuírem o capital financeiro necessário para a realização de seu próprio negócio, também não exercem nenhum tipo de inovação. Na verdade, nas palavras da autora, tratam-se, apenas, de "gerentes de si mesmos", responsáveis pelo estabelecimento de metas e condições diárias de trabalho direcionadas a garantia da própria sobrevivência.

Efetivamente, as empresas-aplicativo têm sido uma forma de inserção econômica rápida e acessível, capaz de satisfazer com urgência as necessidades existenciais básicas de seus usuários, mas, por outro lado, acabam por aumentar a concorrência entre esses trabalhadores, e assim, contribuem para a degradação da remuneração e das condições de trabalho.

Nesse sentido, Mauro, motofretista há mais de 15 anos, entrevistado em 2018, sintetiza bem essa precarização:

> Você vai até achar estranho de eu falar só Loggi, hoje eles conquistaram o mercado, tanto que você tem que trabalhar até meia-noite, a carga horária aumentou... antigamente você tinha meta, eu particularmente e vários amigos meus, tinha meta de R$ 300,00 por dia... 'Eu vou fazer, tipo, até às 6h, no máximo até 7h'... você conseguia... hoje não. É o que a gente fala, o cara quando não tem família, é solteiro, é diferente, ele trabalha até a hora que ele quiser, então hoje a Loggi está praticamente obrigando você ficar até meia noite, 11 horas na rua.
>
> Antes tinha muita entrega, não tinha tanto estresse, não era tão nervoso, hoje em dia você cansa mais andando de moto, gastando, sem ganhar nada do que trabalhando. Por isso que eu falo, nesse último ano agora, pelo amor de Deus, o stress, nervoso, cansaço, as dores físicas nas costas, mental, piorou, porque você está andando mais de moto do que fazendo serviço, porque você tem que ficar rodando. (ABÍLIO, 2020, p. 117).

Ademais, por meio de bonificações e desafios a empresa aplica instrumentos que direta ou indiretamente levam o indivíduo a trabalhar mais, tornando a informalização perfeitamente administrável.

Em tempos chuvosos, por exemplo, o trabalho dos *motoboys* se torna extremamente arriscado, o que pode significar uma menor oferta de trabalhadores para a empresa. Portanto, nesses períodos, o aplicativo oferece aumento do valor da hora de trabalho, muito embora tal aumento seja quase impossível de se alcançar.

Ainda nas palavras de Mauro:

> Se o tempo estiver chuvoso, igual hoje de manhã, eles mandam mensagem 9 horas: das 10h até as 13h, fazendo 8 pedidos delivery você ganha mais R$50. Se você não fizer você não ganha o bônus. [...] Eu, você e outro *motoboy* estamos trabalhando lá, são oito pedidos para conseguir o bônus. Eu e você fizemos sete, o outro *motoboy* fez quatro. Para quem eles vão jogar a entrega? Para o outro motoboy. (ABÍLIO, 2019, p. 7)

Como se vê, não há clareza sobre como as regras e critérios de distribuição de serviço funcionam e o trabalhador vive disponível para a empresa sem saber, sequer, como funciona o próprio recrutamento.

Não fosse o suficiente, para além do aumento da concorrência entre os *motoboys,* as empresas-aplicativo criaram ainda uma nova categoria de trabalho, a dos *bikeboys*. Esses trabalhadores oferecem os mesmos serviços que os *motoboys* por um menor custo, o que revela a adesão a uma atividade extremamente precária e mal remunerada em um trânsito que não oferece condições mínimas de segurança para o ciclista.

No centro de São Paulo, por exemplo, *bikeboys* dormem nas praças esperando a próxima entrega depois de terem pedalado mais de 50 km por dia, sete dias por semana, em torno de 10 horas por dia, para ter um ganho de aproximadamente um salário-mínimo. Ressalta-se, que estar disponível mais de 10 horas por dia não significa ser remunerado por mais de 10 horas de trabalho, isto porque a uberização exalta o trabalho *just-in-time*, segundo o qual o trabalhador tem de estar constantemente disponível, mas receber apenas por aquilo que efetivamente produz. (ABÍLIO, 2020).

Segundo pesquisa realizada pela Associação Brasileira do Setor de Bicicletas a respeito do perfil dos ciclistas entregadores de aplicativo, 75% dos entrevistados têm até 22 anos, 57% trabalham de segunda a segunda, 75% trabalham até 12 horas por dia e 60% aderiram a essa ocupação por estarem desempregados. (ALIANÇA BIKE, 2019).

Esses dados revelam o crescente processo de precarização da força de trabalho juvenil, que, em um contexto de desemprego, precisam apenas de alugar uma bicicleta e do uso da força física como principal insumo para ingresso no mercado de trabalho. Percebe-se, que tais empresas-aplicativo aproveitam-se da condição de vulnerabilidade social para organizar a informalização de forma produtiva, transformando verdadeiros empregados em trabalhadores *just-in-time* ao mesmo tempo em que rechaça direitos e repassa os riscos da atividade para o

trabalhador sem que ele possa negociar suas condições de trabalho, angariar os próprios clientes ou mesmo o próprio valor de seu serviço ou produto.

Nesse contexto, o trabalhador precarizado "auto gerente" de si mesmo precisa constantemente de traçar novas estratégias e artimanhas para sobressair-se na concorrência e manter-se no mercado, garantindo, assim, a própria subsistência, o que envolve arcar com maiores custos, abster-se de ganhos e intensificar o expediente.

Se em situações típicas essas já são as características e peculiaridades dos trabalhadores uberizados, em um cenário atípico experimentado por todo o mundo, em que se vivencia uma pandemia de uma doença ainda pouco estudada, o que se observa é o agravamento de algumas dessas situações. Não se sabe ao certo como esses trabalhadores serão protegidos do risco de contágio e como serão indenizados e ressarcidos em caso de adoecimento, sendo este o questionamento levantado no próximo tópico.

5. EXPOSIÇÃO AO PERIGO DE CONTÁGIO E RESPONSABILIDADE EM CASO DE ADOECIMENTO

A pandemia do Covid-19 trouxe à tona a centralidade dos serviços de entrega por aplicativo que até então eram tratados como uma modalidade de trabalho persistentemente invisibilizada, ignorada e fortemente associada à marginalidade, ao trabalho informal e a periferia.

Com efeito, em tempos de pandemia, aquilo que antes era considerado não só pelas autoridades políticas e jurídicas, mas também, por grande parte da sociedade civil como uma simples forma de prestação de serviços às expensas do trabalhador, secundária e de parca relevância social, passa a assumir a condição de serviço protagonista na garantia da saúde e segurança da população.

Ora, em um país em quarentena, com restrição da circulação de pessoas e de aglomerações, a garantia das regras de distanciamento e isolamento social passa a estar diretamente condicionada aos serviços de entrega por aplicativo, que possibilitam aos interessados adquirir bens e serviços e recebê-los no conforto de suas casas, sem precisar expor-se ao risco de um contato externo e de eventual contágio.

Não é sem razão, que conforme pesquisa[6] realizada pelo RankMyAPP, empresa de inteligência de marketing e aquisição para aplicativos de celular, nos primeiros 16 dias de março, o número de aplicativos de delivery instalados no Brasil aumentou 15% em comparação com o mesmo período de 2019. (MANSUR, 2020).

Segundo a empresa Rappi, desde o início da pandemia houve um aumento significativo no número de pedidos, especialmente de supermercados, farmácias e restaurantes, o que acredita ser uma resposta dos usuários preocupados com o tema incerto e medidas de quarentena sendo tomadas em diferentes cidades. (MANSUR, 2020).

Simultaneamente, o número de inscrições para trabalhar como entregador de aplicativo durante a pandemia também aumentou, mais especificamente, dobrou. Segundo Flávia Manuella Uchôa de Oliveira (2020), o número de entregadores que atendem a supermercados cresceu cinco vezes e algumas plataformas ampliaram seus serviços para incluir o atendimento a farmácias, supermercados *e pet shops*.

Sem a possibilidade de trabalhar em *home office* ou em teletrabalho, motofretistas e *bikeboys* saem às ruas todos os dias para atender seus instintos mínimos de sobrevivência expondo-se ao risco enquanto zelam pela saúde e segurança do restante da comunidade local[7].

Ante a impossibilidade de realizar o isolamento, milhares de entregadores de plataformas têm trabalhado diante da incerteza se chegarão em casa contaminados ou não. Isto porque, inevitavelmente, ainda que seguindo todas as precauções recomendadas pelo Ministério da Saúde, esses trabalhadores não

[6] Segundo a pesquisa, somente no mês de março, o número total de apps instalados corresponde a mais de 60% do total de aplicativos baixados em todo o ano de 2019. Em entrevista ao jornal "O Tempo", Leandro Scalise, CEO da empresa RankMyAPP afirmou o seguinte: "Muitas empresas já liberaram os funcionários para ficar em casa, e boa parte da população adotou a quarentena preventiva. Os números mostram que os aplicativos de delivery são uma saída muito útil e segura no momento atual, e que essa opção deve continuar em crescimento significativo no Brasi"l. (MANSUR, 2020).

[7] Inclusive, o trabalho dos entregadores por aplicativo foi considerado no Decreto de nº 10.282 de 2020 como serviço essencial, já que atenderia às necessidades básicas da população sem precisar expô-la ao risco, o que é imprescindível no combate ao avanço do coronavírus.

deixam de ter contato com um número significativo de pessoas, além de tocarem em objetos que podem estar contaminados.

Com efeito, apesar da nova possibilidade de entrega sem contato disponibilizada pelas plataformas, tal modalidade se trata apenas de uma prerrogativa do cliente, não tendo escolha o entregador, senão obedecer a vontade daquele. Sendo assim, o entregador continua em contato com aqueles clientes que assim desejam e que podem transmitir o vírus no momento da entrega.

Para além, o *"moto"* ou *"bike boy"* ainda tem contato com os trabalhadores do estabelecimento em que vai buscar o produto, sem mencionar com outros entregadores que costumam se reunir em pontos de alta demanda, aumentando ainda mais as chances de contaminação.

Nesse cenário de ameaças e incertezas, a realização de uma discussão a respeito da eventual responsabilidade das empresas-aplicativo em casos de adoecimento do trabalhador por contágio ao Covid-19 no decorrer de sua prestação de serviços torna-se imprescindível, principalmente pelo fato de que até o momento tais trabalhadores não possuem quaisquer normas ou garantias de proteção.

A resposta para a questão de eventual contaminação de entregador se mostra tão complexa, que se faz necessária a análise, *a priori*, da caracterização ou não de vínculo empregatício entre o trabalhador e as chamadas empresas-plataforma, para, posteriormente, verificar a possível existência da responsabilidade civil dessas empresas.

5.1 Trabalhadores autônomos ou empregados?

Primeiramente, com relação à possibilidade de caracterização de vínculo empregatício, cumpre esclarecer que, quando questionadas, as empresas-aplicativo se auto intitulam enquanto meras mediadoras que através de uma plataforma tecnológica realizam o serviço de aproximação entre o "parceiro" e o usuário ou cliente, porém, à luz dos elementos caracterizadores da relação de emprego não é bem o que acontece.

Não obstante os entregadores de aplicativo não possuam vínculo formal de emprego, questiona-se se, em uma análise mais profunda, os elementos caracterizadores da relação de emprego estariam ou não presentes. Para viabilizar a análise, consideram os 5 elementos fático-jurídicos: serviço prestado por pessoa

física, com pessoalidade, de forma não eventual, de forma onerosa e mediante subordinação.

Partindo do elemento pessoa física, não há sequer, o que se mencionar no presente ensaio posto ser de evidente conhecimento social que se trata o entregador de uma pessoa física, cujos documentos e antecedentes criminais são previamente analisados e supervisionados pela plataforma, o que deixa configurado, desde logo, este primeiro elemento.

A seguir, no que se refere ao elemento fático-jurídico da pessoalidade na relação de emprego, há que se ressaltar que também se faz presente no desenvolver da prestação de serviços entre os entregadores e as chamadas empresas-plataforma. Isto porque, nos chamados "termos de adesão" resta expressamente previsto que o entregador não pode, de modo algum, fazer-se substituir por outrem no âmbito do mesmo cadastro pessoal no aplicativo. A este respeito, há também que se lembrar que as avaliações realizadas pelos usuários têm caráter personalíssimo, por se direcionarem a apenas um indivíduo, o que efetivamente realizou a entrega.

Já em relação a não eventualidade[8], certamente se trata de elemento em que se deve verificar caso a caso, porém, segundo as autoras Maria Cecília Máximo Teodoro, Thaís D'Afonseca e Maria Antonieta (2017), desde que observado o caráter de permanência na prestação dos serviços, ou seja, de continuidade, deve-se considerar o elemento enquanto configurado.

Voltando-se agora em relação ao preço cobrado pelas corridas, as plataformas, ao estabelecerem de modo unilateral os valores e métodos de pagamento para cada serviço prestado, não permitindo nenhuma ingerência por parte dos trabalhadores, evidenciam não só uma relação baseada em elementos de subordinação, mas também de onerosidade.

De acordo com Teodoro, D'Afonseca e Antonieta (2017), sob um aspecto subjetivo a onerosidade se verifica a partir da intenção dos trabalhadores de auferir um ganho econômico pelo serviço ofertado, o que é um fato indiscutível na relação de trabalho em plataformas. Por outro lado, sob um viés objetivo, a onerosidade se configura a partir da efetiva realização de pagamentos por parte da empresa ao

[8] Não obstante, deve ainda ser lembrado que o requisito da não eventualidade em nada se confunde com parâmetros de exclusividade, que, conforme bem ensina Rodrigo de Lacerda Carelli (2020), nunca foi um elemento para a caracterização da relação de emprego.

trabalhador em resposta ao fruto de seu trabalho, o que também se observa na prestação de serviços oriunda de plataformas, já que são estas, quem realmente efetuam os pagamentos ao trabalhador, e não o usuário ou cliente propriamente dito.

Por fim, configurados todos os demais requisitos da relação de emprego na prestação de serviços em plataformas, passa-se a averiguar o elemento da subordinação.

As empresas-aplicativo afirmam que o suposto "parceiro" é "dono de seu negócio", porque trabalha como, onde e quando quer. Entretanto, não se pode negar que a tecnologia viabilizou o exercício da subordinação e controle para além dos limites presenciais[9].

O tempo de cada processo fica registrado no aplicativo, conforme se depreende das mensagens que frequentemente recebem os clientes ou usuários das plataformas: "seu pedido já saiu para a entrega" ou, "seu pedido chegará em x minutos", etc. O motorista ou entregador não pode, sequer, parar seu trabalho para tomar uma água ou se alimentar sem que isso seja contabilizado. Para além, igualmente estão registrados os detalhes de todos os movimentos necessários para a realização de cada processo, conforme se denota do mapa que se abre nos aplicativos destinado a rastrear em tempo real a localização do trabalhador e a hora estimada para a satisfação de seu serviço considerando o seu trajeto. (OLIVEIRA, 2020).

Ademais, a proposta de livre iniciativa e de autonomia que as plataformas supostamente conferem a seus trabalhadores não se mostra nem um pouco factível, posto que não há que se falar em autonomia quando o próprio trabalhador não pode dispor de algo tão crucial como o valor de sua hora de trabalho.

Nesse sentido, Rodrigo de Lacerda Carelli (2020) observa que para que um trabalhador seja verdadeiramente enquadrado como autônomo é necessário o atendimento a, pelo menos, duas características centrais da autonomia no trabalho, quais sejam: 1) o trabalhador organiza e gerencia seu próprio negócio; 2) ele organiza e gerencia o trabalho dentro do seu próprio negócio.

---

[9] O próprio parágrafo único do art. 6º da CLT já estabelece que "os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio". (BRASIL, 2020).

Não fosse o suficiente, a subordinação na relação de trabalho em plataformas ainda se manifesta quando os trabalhadores que deixam de aceitar corridas ou possuem uma avaliação inferior ao padrão imposto são punidos, ficando suspensos da plataforma ou, em casos mais graves, podendo até mesmo ser excluídos definitivamente do aplicativo, sem direito a aviso prévio ou a defesa e segundo critérios por eles mesmos desconhecidos.

Além disso, a avaliação baseada no *feedback* dos clientes constitui a principal ferramenta de que dispõem as empresas-aplicativo para manter seus trabalhadores sob constante controle e estrita submissão aos padrões por elas impostos no decorrer da prestação de serviços, caracterizando, desta feita, a subordinação jurídica. (TEODORO; D'AFONSECA; ANTONIETA, 2017).

Diante disso, fica claro que as plataformas criaram as figuras de trabalhadores autônomos sem autonomia e independentes sem terem o seu próprio negócio. Como se denota, os conceitos se desfiguram e se avessam e a noção de "empreendedorismo" passa a traduzir uma verdadeira relação de emprego desprovida de direitos.

Sendo assim, uma vez configurados todos os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego sob a ótica do trabalho uberizado, cumpre agora averiguar a eventual responsabilidade civil dessas empresas em caso de contágio pelo novo Coronovírus por parte desses trabalhadores no decorrer de sua prestação de serviços.

5.2 A quem atribuir a responsabilidade em caso de contágio do entregador de aplicativo?

Émile Benveniste citado por Tuponi Júnior (2008) esclarece, que o berço da palavra responsabilidade reside no verbo latino *spondeo*, que, sob uma perspectiva jurídica pode ser interpretado como a necessidade de garantir legalmente, isto é, dar uma caução pessoal. Do termo *spondeo* surge também a palavra latina *respondere*, que significa a necessidade de responder a alguma coisa, ou seja, de responsabilizar o causador de um dano.

Nesse contexto, por responsabilidade civil, pode-se compreender como a obrigação que se incumbe a uma pessoa, física ou jurídica, a reparar o prejuízo por ela causado a outrem, seja por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas de

que dela dependam, visando coibir o mau uso das liberdades individuais. (REIS; NOVAES; BARCELOS, 2019).

Assim, para que surja o dever de indenizar devem estar presentes todos os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade civil. Destarte, a enumeração desses elementos, porém, ainda não é pacificada pela doutrina. De todo modo, neste trabalho adotar-se-á como pressupostos da responsabilidade civil a tripartição simplificada – conduta, dano e nexo de causalidade –[10], por ser esta aplicável a todo e qualquer tipo de responsabilidade civil.

Nesse sentido, por ser o elemento preponderante, iniciar-se-á a análise quanto a responsabilização das empresas-aplicativo por eventual contágio de seus trabalhadores pelo novo Covid-19 a partir da averiguação da existência ou não de um dano.

Por dano, pode-se compreender, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 73) como "a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima".

Nessa perspectiva, ao analisar o objeto de pesquisa em concreto, logo se percebe que, uma vez contaminado pelo novo Coronavírus, o trabalhador tem, desde logo, bem jurídico de extrema relevância substancialmente lesionado ou reduzido, mais precisamente, a sua saúde e a sua integridade física, o que, por si só, já é mais que passível a caracterização do dano jurídico.

Essa lesão a um bem jurídico pode ter repercussões tanto patrimoniais quanto morais, e, até mesmo, existenciais, a depender de sua extensão concreta. Neste aspecto, pode ser que o trabalhador contaminado pelo vírus tenha dispêndios financeiros, a exemplo de gastos com o tratamento da doença e prejuízos por ser obrigado a parar de trabalhar, o que se enquadra naquilo que se chama de dano patrimonial. No entanto, a extensão do dano pode não parar por aí, e atingir também a esfera moral da vítima. Conforme ensina Teresa Ancona Lopez (1999), o patrimônio moral é formado de bens ideais e se refere ao mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica. Neste contexto, pode ser que o trabalhador infectado sofra subjetivamente sob o temor de transmitir o vírus à sua família, ou ainda em razão da efetiva transmissão. Pode

[10] Art. 186, CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2020).

ainda sofrer pela morte de um ente querido que se contaminara através dele, ou ainda, pelo temor da própria morte.

Diante disso, resta, pois, inquestionável a presença de dano na relação contágio-covid, ainda que exclusivamente material e, quiçá, também moral ou existencial.

Ultrapassado esse elemento, passa-se a análise da conduta do ofensor que dá ensejo a sua culpa. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 24), conduta "é o comportamento voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas".

O comportamento do agente causador do dano pode ser comissivo – quando implica na prática de um ato pelo sujeito que deveria abster-se de praticá-lo – ou omissivo – caracterizado pela abstenção de uma conduta que deveria ser desempenhada pelo sujeito. (REIS; NOVAES; BARCELOS, 2019).

Neste sentido, a responsabilidade civil dita subjetiva decorre de uma conduta dolosa ou culposa. Uma conduta dolosa seria aquela em que o agente possui a intensão de causar o dano, já na conduta culposa tal intensão não existe, mas o ofensor, ao atuar com negligência ou imprudência, assume os riscos de sua ocorrência.

Analisando a questão concreta, logo se percebe a conduta negligente, e, portanto, culposa das empresas-plataforma, que se abstêm, mesmo em meio a uma situação pandêmica de tornar obrigatórias regras de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus, tais como o pagamento via aplicativo e a entrega sem contato, que até o momento se constituem enquanto uma mera faculdade dos clientes, colocando a saúde dos entregadores em risco. Diante disso, resta inquestionavelmente configurada a culpa das empresas-aplicativo em caso de eventual contágio do entregador durante a prestação de serviços, posto que, podendo ter evitado o contato entre o entregador e o usuário não o fez.

Para além, ainda que de todo modo não se encontrasse a culpa da empresa ofensora, o que não é o caso, ainda assim persistiria o dever de indenizar, posto que, conforme o parágrafo único do art. 927 do Código Civil:

> Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2020).

Ora, é evidente que em meio a uma situação pandêmica, a atividade normalmente desenvolvida pelas empresas autoras do dano, que envolve o contato com pessoas externas, por si só, já representaria risco para a saúde dos trabalhadores. No entanto, ainda não se pode olvidar que a grande maioria destes serviços são prestados por intermédio de motocicletas, atividade cuja natureza é juridicamente considerada perigosa (art. 193, §4º da CLT) e regulamentada por legislação própria[11], o que dá ensejo a responsabilização objetiva dessas empresas.

Por fim, ultrapassados todos estes elementos, resta a análise quanto ao nexo de causalidade. Por nexo de causalidade, entende-se, como "a relação de causa ou efeito entre a ação e/ou omissão do agente e o dano verificado". (REIS; NOVAES; BARCELOS, 2019).

Demogue citado por Rui Stoco (2001, p. 4), discorre sobre a indispensabilidade do nexo causal dizendo que "[...] é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido".

Na situação de contaminação por Covid-19 por trabalhadores de aplicativo ora em análise, também se vislumbra a presença de nexo causal, uma vez que, não fosse a conduta omissiva das empresas em tornar obrigatória a entrega sem contato a contaminação pelo vírus não teria ocorrido, nem, consequentemente, os danos que dela advêm.

Sendo assim, uma vez configurada a relação de emprego, e, sequencialmente, todos os elementos necessários a caracterização da responsabilidade civil por parte das empresas-aplicativo, resta, pois, obrigatória, a luz do art. 927 do Código Civil de 2002[12], a obrigação dessas empresas em indenizar, material e/ou moralmente, todos aqueles entregadores que se contaminaram por Coronavírus no decorrer de sua prestação de serviços como medida de inteira e salutar justiça.

Efetivamente, as doenças ocupacionais ou do trabalho podem gerar danos em proporções gigantescas, sejam materiais, morais, estéticas e até mesmo existenciais ao trabalhador, relacionando-se intimamente com a vida deste. Em vista disso, o dano que resulta da doença do trabalho deve ser punido de forma

[11] Lei nº 12.009, de 29 de julho de 2009.

[12] Art. 927, CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2020).

especial como forma de evitar a sua reincidência, e assim, garantir a dignidade do trabalhador.

CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente estudo, o aumento do processo de uberização levou ao crescimento expressivo dos trabalhadores considerados uberizados. A esses trabalhadores, seduzidos pela necessidade de suprir demandas básicas para a subsistência e pela ilusão do empreendedorismo de si mesmo acabam sendo atraídos para um cenário de precariedade, jornadas exaustivas e flexibilização de direitos.

Com a declaração da pandemia de Covid 19, a situação dos trabalhadores por aplicativo, que já era, por si, preocupante, se mostrou ainda mais carente de atenção. O aumento das inscrições para atuar como entregador das empresas-aplicativo durante a pandemia relaciona-se diretamente com o aumento do índice de desemprego e de suspensão dos contratos de trabalho durante a pandemia, revelando uma estreita relação entre o desemprego e a precariedade, já que a maioria dos entregadores de aplicativo não possuem um contrato formal de trabalho ou qualquer tipo de proteção trabalhista ou social.

A situação dos trabalhadores que realizam as entregas via aplicativos se mostra ainda mais delicada, uma vez que considerada como serviço essencial levanta uma série de questões não respondidas, dentre elas é de como ficaria a situação desse trabalhador, cuja saúde está constantemente exposta, em caso de contaminação pelo coronavírus.

Para responder de forma fundamentada a questão, analisou-se a possibilidade da presença dos elementos fático-jurídicos ensejadores da relação de emprego e a incidência de responsabilidade civil das empresas aplicativo. Com relação aos elementos capazes de caracterizar uma relação de empreso, quando analisados detidamente, observa-se que estão presentes nos trabalhadores por aplicativo, os quais prestam serviços como pessoa física, com pessoalidade, de forma não eventual, com onerosidade e mediante subordinação aos termos e condições impostos pelas plataformas.

No que tange à responsabilidade, se for considerada a situação de contaminação por Covid-19 por trabalhadores de aplicativo ora em análise, se vislumbra a presença de nexo causal, uma vez que, não fosse a conduta omissiva das empresas

em tornar obrigatória a entrega sem contato a contaminação pelo vírus não teria ocorrido, nem, consequentemente, os danos que dela advêm.

Sendo assim, uma vez configurada a relação de emprego, e, sequencialmente, todos os elementos necessários a caracterização da responsabilidade civil por parte das empresas-aplicativo, resta, pois, obrigatória, a obrigação dessas empresas em indenizar, material e/ou moralmente, todos aqueles entregadores que se contaminaram por Coronavírus no decorrer de sua prestação de serviços como medida de inteira e salutar justiça.

O que se defende, portanto, é que o Direito do Trabalho seja, por si, um conjunto de normas protetivas, estáveis o suficiente para que decisões tomadas pelos governos e pelas empresas, ainda que em um cenário pandêmico, estejam respaldadas nessas normas de proteção social que funcionariam como uma espécie de retaguarda. Dessa forma, os trabalhadores não seriam relegados à miséria em um contexto de enorme flexibilização e desregulamentação de direitos.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*? *Estudos avançados,* São Paulo, v. 34, n. 98, p. 111-126, jan-abr. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000100111>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas:* indivíduo y sociedad, Valparaíso, v. 18, n. 3, p. 1-11, nov. 2019. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-69242019000300041>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ANTUNES, Ricardo. O vilipêndio do coronavírus e o imperativo de reinventar o mundo. In: TOSTES, Anjuli; MELO, Hugo Filho. *Quarentena:* reflexões sobre a pandemia e depois. Bauru: Canal, 2020.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Educ. Soc.,* Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004. Disponível em: < https://www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf>. Acesso em 21 out. 2020.

BRAGHINI, Marcelo. *Reforma Trabalhista:* flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo, Ltr. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília 09, ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. *Diário Oficial da União,* Brasília, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade.* Brasília: ESMPU, 2020.

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

CÓDIGO de conduta da Uber. [S.1.]: *Uber do Brasil.* 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-community-guidelines&country=brazil&lang=pt-br>. Acesso em: 09 set. 2020.

CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa (2008). In: ROCHA, Cláudio Jannotti *et al* (Coord.). *Direito Internacional do Trabalho.* Aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção do trabalhador. São Paulo: LTR, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A Constituição da OIT (1919) e a Declaração de Filadélfia (1944). In: ROCHA, Cláudio Jannotti *et al* (Coord.). *Direito Internacional do Trabalho.* Aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção do trabalhador. São Paulo: LTR, 2018.

FONSECA, Lincoln Saldanha Fernandez da. Fronteiras da precarização do trabalho: uberização e o trabalho on-demand. In XXXI CONGRESSO ALAS URUGUAY, 2017, Montevideo. *Las encrucijadas abiertas de América Latina La sociologia em tempos de cambio*. Montevideo: 2017. Disponível em: <http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/4083_lincoln_fernandez.pdf> . Acesso em 10 maio 2020.

GAVRAS, Douglas. Aplicativos como Uber e Ifood são fonte de renda de quase 4 milhões de autônomos. [S.1.]: *Locomotiva: pesquisa e estratégia.* 2019. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/2019/04/29/ESTAD%C3%83O-Na-crise-aplicativos-como-Uber-e-iFood-viram-maior-empregador-do-pa%C3%ADs>. Acesso em: 20 ago. 2020.

IFOOD X Uber Eats X Rappi: Quais as vantagens e desvantagens de cada um? [S.1.]: *Opção Consultoria.* 2019. Disponível em: <https://www.opcaoconsultoria.com/post/ifood-uber-eats-rappi-qual-escolher?gclid=CjwKCAjwqdn1BRBREiwAEbZcRwrRcDtAmKN9F0H3pBWiUv8mPV4g4sgxfrO4Sqdy4S1k-mpxRB15BBoCHL4QAvD_BwE>. Acesso em: 18 ago. 2020.

INSCRIÇÕES para realizar entregas por app dobraram depois da quarentena. [S.1.]: *Veja.* 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/inscricoes-para-realizar-entregas-por-app-dobraram-depois-da-quarentena/>. Acesso em 18 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Trabalho:* desocupação, renda afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php. Acesso em: 16 set. 2020.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Whitin school of engineering. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE).* Baltimore, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em 21 out. 2020.

LEME, Ana Carolina Paes. *Da Máquina à Nuvem:* Caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber. São Paulo: LTr, 2019.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético:* responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANSUR, Rafaela. Downloads de aplicativos de delivery crescem 15% em março com coronavírus. [S.1.]: *O Tempo.* 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/coronavirus/downloads-de-aplicativos-

de-delivery-crescem-15-em-marco-com-coronavirus-1.2313468>. Acesso em 18 ago. 2020.

MACHADO, Leandro. Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. *BBC News Brasil Website*, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acesso em: 21 out. 2020.

OLIVEIRA, Flávia Manuella Uchôa de. Saúde do trabalhador e o aprofundamento da uberização do trabalho em tempos de pandemia. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional,* São Paulo, v. 45, p. 1-8, jul. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572020000101501&tlng=pt>. Acesso em 18 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Impactos socioeconômicos da Covid-19 são mais intensos entre população mais pobre no Brasil. [S.1.]: *ONU,* 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/impactos-socioeconomicos-da-covid-19-sao-mais-intensos-entre-populacao-mais-pobre-no-brasil/>. Acesso em: 16 set. 2020.

PESQUISA de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo. [S.1.]: *Aliança Bike.* 2019. Disponível em: <https://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

POCHMANN, Marcio. Sobre o papel do Estado na economia e Covid-19. In: TOSTES, Anjuli; MELO, Hugo Filho. *Quarentena:* reflexões sobre a pandemia e depois. Bauru: Canal, 2020.

REIS, Bárbara; NOVAES Carolina de Souza; BARCELOS, Débora de Jesus Rezende. Rompimento da Barragem I da Mina Córrego Feijão em Brumadinho: uma análise jurídico sociológica do maior acidente do trabalho na história do país. In: LAGES, Cintia Gabarini; DURÃES Marilene Gomes; SANTOS, Michel Carlos Rocha. [Orgs.] *A compreensão dos Direitos Humanos e Fundamentais no Direito Brasileiro.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

RIBEIRO, Dimas. Saiba qual é o aplicativo de delivery preferido dos brasileiros. [S.1.]: *Consumidor Moderno.* 2019. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/06/24/apps-delivery-brasil-2019/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ROUBICEK, Marcelo. Como o governo se apropria da criação do auxílio emergencial. *Nexo Jornal.* 12 jun. 2020a. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/12/Como-o-governo-se-apropria-da-cria%C3%A7%C3%A3o-do-aux%C3%ADlio-emergencial>. Acesso em: 21 out. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Edições Almedida, 2020.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil:* responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; D'Afonseca, Thaís Cláudia; FERNANDES, Maria Antonieta. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*. v. 20 n. 39, 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/14661> . Acesso em 10 maio 2020.

TOLEDO, Victor. IFood anuncia serviço de entrega a domicílio por drones no Brasil. [S.1.]: *Techtudo*. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/08/ifood-anuncia-servico-de-entrega-a-domicilio-por-drones-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 09 set. 2020.

TUPONI JUNIOR,Benedito Aparecido. *Responsabilidade civil objetiva e atividades empresariais de risco:* fundamentos, abrangência, e critérios de aplicabilidade na infortunística trabalhista. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Curitiba, Programa de Pós Graduação em Direito, Curitiba, 2008.

ZANCHETA, Juliana Giolo. O papel dos aplicativos móveis e dos serviços digitais no comércio e consumo na cidade de São Paulo. In: XIII ENANPEGE. 2019. São Paulo. *A geografia brasileira na ciência-mundo:* produção, circulação e apropriação do conhecimento. São Paulo: ENANPEGE, 2019. Disponível em: <https://www.enanpege2019.anpege.ggf.br/resources/anais/8/1565286565_ARQUIVO_Enanpege_GT54_JulianaGioloZancheta_corrigido.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

A QUESTÃO SOCIAL DA TRANSIÇÃO À PAZ NA COLÔMBIA: uma análise da cidadania das vítimas e dos instrumentos institucionais de reparação

Andrea Catalina León Amaya
Doutoranda do PPGDIN, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil.
acleonamaya@id.uff.br

Joaquim Leonel de Rezende Alvim
Professor Titular da Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil.
joaquimleonelalvim@id.uff.br

Laura Magalhães de Andrade
Doutora pelo PPGDIN, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil.
laura_magalhaes@id.uff.br

Resumo: O presente trabalho visa contribuir à reflexão sobre a cidadania das vítimas do conflito armado interno colombiano através da problematização dos mecanismos institucionais voltados à reparação e ao restabelecimento dos direitos econômicos e sociais dos sujeitos enquadrados na categoria 'vítima'. A partir da revisão dos dados contidos em relatórios relevantes sobre a implementação dos programas de reparação administrativa decorrentes da Lei 1.448 de 2011 (conhecida como 'lei de vítimas') e das percepções das mulheres vítimas participantes em um grupo focal, o trabalho objetiva, em termos gerais, colocar em evidência a preponderância das medidas que privilegiam o empreendedorismo ou "empreendimentismo" como mecanismo de reparação administrativa de danos e de restituição de cidadania. Desse modo, apresenta-se, como efeito das políticas de reparação implantadas e das estratégias de operacionalização, o aprofundamento da exclusão social, ao invés da restituição de cidadania, em razão do apagamento do 'trabalho' como questão social central na recomposição dos vínculos sociais em um contexto estrutural de violência sociopolítica e de vulneração de direitos sociais. Como métodos, se analisam aspectos relevantes da política pública de reparação administrativa bem como dados relevantes consultados em dois relatórios do governo e em um relatório da sociedade civil. Com base nos dados consultados, se propõe uma reflexão crítica nutrida da revisão de literatura pertinente no campo dos estudos da justiça de transição e da mudança social como um desafio a ela inerente e, ainda, faz uma análise dos necessários reenvios aos debates sobre a cidadania, sobre o trabalho como categoria fundamental da organização social e sobre o empreendedorismo. Por fim, evidenciar-se-á que os instrumentos institucionais aplicados afastam-se do propósito de dignificação das vítimas e de mudança social definitiva que se espera na Colômbia.

Palavras-chave: Conflito armado colombiano; Justiça de transição; Reparação administrativa; Cidadania das vítimas; "Empreendimentismo".

Abstract: The present work aims to contribute to the reflection on the citizenship of the victims of the Colombian internal armed conflict through the questioning of the institutional mechanisms aimed at repairing and restoring the economic and social rights of the subjects falling under the category 'victim'. Based on the review of data contained in relevant reports on the implementation of administrative reparation programs resulting from Law 1.448 of 2011 (known as the 'victims' law') and the perceptions of female victims participating in a focus group, the work aims, in in general terms, to highlight the preponderance of measures that favor entrepreneurship or "entrepreneurship" as a mechanism for administrative reparation of damages and restitution of citizenship. Thus, as an effect of the implemented reparation policies and operationalization strategies, the deepening of social exclusion, instead of restitution of citizenship, is due to the erasure of 'work' as a central social issue in the restoration of social bonds in a structural context of socio-political violence and social rights violations. As methods, relevant aspects of public policy for administrative redress are analyzed, as well as relevant data consulted in two government reports and one civil society report. Based on the data consulted, a critical reflection is proposed, nourished by the review of pertinent literature in the field of transitional justice and social change studies as an inherent challenge and, still, it analyzes the necessary referrals to debates on citizenship. , about work as a fundamental category of social organization and about entrepreneurship. Finally, it will be evident that the institutional instruments applied deviate from the purpose of dignifying the victims and definitive social change that is expected in Colombia.

Key-Words: Colombian armed conflict; Transitional justice; Administrative repair; Citizenship of victims; "Entrepreneurship".

INTRODUÇÃO

O conflito armado interno colombiano tem se caracterizado como um conflito político, social e econômico, não sem tensões entre as diferentes teses explicativas das causas da origem e persistência do conflito violento que tem tido entre seus atores principais o grupo armado insurgente mais antigo da América Latina (as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia - Exército do Povo).

Se por um lado, em vigência da Constituição Política de 1991, o debate jurídico-político encenou a tensão entre posicionamentos negacionistas e posicionamentos de reconhecimento do enquadramento da violência

generalizada na categoria "conflito armado interno" (categoria normativa do Direito Internacional Humanitário) [1], por outro, as visões sobre os fatores desencadeantes desse conflito e as diferentes dimensões que o sustentam até hoje são múltiplas e se diferenciam conforme a ênfase atribuída aos fatores econômicos, sociais ou políticos e segundo a leitura adotada para enxergar (ou não) intersecções significativas entre eles.

Durante as negociações de paz com as FARC-EP, que chegaram a feliz término em novembro de 2016 quando da subscrição bilateral (governo - grupo guerrilheiro) e posterior aprovação - via parlamentar[2] - do "Acordo Final de Paz" (AFP), foi reconhecida a divergência e coexistência dessas múltiplas miradas, assim como o desafio de construir uma narrativa de esclarecimento das causas do conflito que permita transitar à paz e consolidar as mudanças sociais necessárias para assegurar uma paz estável e duradoura.

Nesse contexto, ainda antes de acolher o compromisso de criar uma Comissão da Verdade, a negociação de paz se nutriu da avaliação realizada por doze experts (uma mulher dentre eles) e dois relatores convidados para compor uma "*Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*". O trabalho da Comissão consistiu na elaboração de um relatório integrado por doze ensaios e duas relatorias (estas últimas, na forma de duas leituras independentes do conjunto dos ensaios), "sobre as origens e as múltiplas causas do conflito, os principais fatores e condições que facilitaram ou contribuíram para sua persistência e os efeitos e impactos mais notórios na população". O relatório, finalizado e publicado em fevereiro de 2015[3], constituiu um dos insumos principais para

[1] O ápice do negacionismo, posterior à entrada em vigor da Constituição de 1991, se fez notório no governo de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) quem pregou a narrativa da seguridade democrática e aprofundou o discurso de guerra contra o narcotráfico e o terrorismo. Negacionismo ambíguo, pois uma lei "de justiça e paz" (lei 975/2005) foi criada para promover a desmobilização de estruturas paramilitares em troca de benefícios punitivos. A descontinuidade do negacionismo e a apertura institucionalizada para o reconhecimento oficial do "conflito armado interno" se firma durante o governo de Juan Manuel Santos (2010-2018), em vigência do qual se editou a chamada "lei de vítimas" e levou-se a término a negociação de paz com as FARC-EP.

[2] Após a tentativa frustrada de referendar o Acordo de Paz mediante um plebiscito em outubro de 2016.

[3] Relatório intitulado *"Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia"*. Disponível em: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Inform

embasar as conversações de paz e os acordos parciais adotados na sequência até desembocar no consenso oficializado no AFP.

A dimensão econômica é abordada explicitamente em pelo menos cinco dos ensaios produzidos, sendo que apenas em um deles (ESTRADA, 2015) a ordem social capitalista é apontada como cerne da origem e continuidade do conflito. No ensaio intitulado "*Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada*", Estrada propõe como tese central que a "contrainsurgência e subversão são inerentes à ordem social capitalista imperante em nosso país [Colômbia]. Se a subversão assumiu também a expressão da rebelião armada, isso se explica essencialmente pelas condições histórico-concretas da constituição e reprodução dessa ordem social".

Ao seu turno, o relator Moncayo, extrai do argumento de Estrada uma "tese maiúscula sobre a ordem capitalista e a conflitividade" segundo a qual

> [...] a ordem capitalista, nas suas fases de transição, instauração, consolidação e desenvolvimento gera necessariamente a instalação de um contexto conflitante que, no caso colombiano, historicamente tem significado expressões de insurgência ou subversão que, ora transitaram pelas vias da normalidade institucional, ora assumiram modalidades ligadas ao exercício da violência por oposição à violência firmada como legítima e monopolizada pelo Estado da mesma ordem (2015, p.79) [4].

Estabelecida esta breve contextualização do conflito armado interno, o presente estudo objetiva, em linhas gerais, analisar os mecanismos institucionais criados para atender as vítimas desse conflito, notadamente com respeito aos aspectos laborais e, como objetivos específicos: (i) inserir tal contexto à análise da ordem social capitalista e a teoria da Justiça de Transição; (ii) enfocar, em uma perspectiva crítica, na questão do "empreendimentismo" como medida de reparação integral; e (iii), com base nas seções anteriores, discutir se há, realmente, a promoção de cidadania para tais vítimas.

Finalmente, apontar-se-á que os instrumentos institucionais pós-acordo de paz carecem de efetividade no que tange ao que preconiza a Justiça de

---

e%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

[4] Tradução própria do original em espanhol. MONCAYO dedica uma parte extensa da sua relatoria à descrição das fases da ordem social capitalista na Colômbia ao longo do século XX - após a formação do estado-nacional - e início do XXI e das manifestações da situação de conflito violento ensejadas em cada estágio do desenvolvimento capitalista. Ver páginas 32 a 70.

Transição e, notadamente, na promoção de direitos humanos, no sentido de que não há o verdadeiro resgate histórico que leve essas vítimas a viver com dignidade.

1. A ORDEM SOCIAL CAPITALISTA E A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Em meio à longa história do conflito armado interno colombiano, violações de direitos humanos de todo tipo, massivas e sistemáticas, têm impactado nas condições materiais da vida que os direitos sociais afetados pressupõem, aprofundando a situação de precariedade e exclusão de diversos setores da população, especialmente no estágio de reorganização neoliberal visível na Colômbia a partir dos anos 1990. Deslocamento forçado, expropriação forçada de terras, confinamento, assassinatos seletivos e chacinas, tortura, agressão sexual, desaparecimento forçado, ruptura do tecido social, perseguição, repressão e criminalização da protesta social, execuções extrajudiciais, dentre outras, fazem parte das formas de violência ocorridas como parte deste conflito, levando a perdas imensuráveis nas comunidades em diferentes regiões do país e agravando o processo já instalado de "renovação e subsistência das condições de injustiça e iniquidade" inerente à ordem social imperante refletido em todos os indicadores sociais (MONCAYO, 2015, p.66).

Essa renovação das condições de exploração e injustiça social se manifesta ostensivamente no mundo do trabalho, levando à "perda de importância do trabalho formal assalariado" e a "outras formas de utilização da força laboral, caracterizadas pela mobilidade, precariedade, interinidade, subcontratação, trabalho por conta própria e polivalente, ausência de vínculo empregatício e controle à distância, subemprego, informalidade e produção doméstica" (MONCAYO, 2015, p.66).

Trata-se, em suma, de um quadro que acompanha a reestruturação do mercado de trabalho inerente à acumulação flexível, "marcada por um confronto com a rigidez do fordismo", como caracterizado por Harvey (2008, p.140). A "flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo" constitui a base desse novo regime que "parece implicar níveis relativamente altos de desemprego 'estrutural' (em oposição ao 'friccional'), rápida destruição de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais [...] e o retrocesso do poder sindical" (HARVEY, 2008, p.140-141). Ademais, traz consigo "a aparente redução do emprego regular em favor do crescente uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratado"

(HARVEY, 2008, p.143). Por outras palavras, é um contexto de heterogeneização do trabalho e de complexificação da 'classe-que-vive-do-trabalho' (ANTUNES, 1998).

Soma-se a tudo isso, a crescente "feminilização" do trabalho (ANTUNES, 1998), bem como a "exploração da força de trabalho das mulheres em ocupações de tempo parcial" e "o ressurgimento de práticas e trabalhos de cunho patriarcal" (HARVEY, 2008, p.146).

1.1 Direitos econômicos, sociais e culturais na justiça de transição: desafios na reparação integral

A peculiaridade do conflito colombiano, as dimensões sociais e econômicas nele envolvidas e as formas de resposta estatal adotadas, têm ganhado relevância nos estudos da justiça de transição, especialmente nas leituras que se ocupam da afetação dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos ESC) como parte da agenda da justiça de transição.

A ampliação da abrangência da justiça de transição, tanto no que tange ao reconhecimento de violações de direitos (para além dos direitos básicos à integridade física), quanto no relativo às reparações é uma conclamação muito recente que responde à constatação de que "a falta de direitos ESC, ou sua distribuição extremamente desigual, está no centro de muitos conflitos armados" e que "a guerra exacerba negações de todos os direitos ESC" (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.360).

Nas transições pós-conflito, como no caso colombiano, as populações afetadas buscam mudanças na esfera dos direitos ESC que permitam distinguir "a nova distribuição da antiga" (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.360). Portanto, "aqueles que foram vítimas do conflito não buscarão necessariamente ser recolocados na situação em que estavam antes que suas perdas ocorressem; pelo contrário, eles buscarão a transformação de relações sociais desiguais como a forma mais apropriada de reparar suas perdas" (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.360-361). Isso representa um desafio em contextos onde as instituições do Estado são frágeis e enfrentam dívidas sociais históricas de pobreza e exclusão, com poucos recursos e com quadros graves de corrupção.

Na mesma linha, UPRIMNY e SAFFON (2009) apontam para os dilemas que traz consigo o aprofundamento da exclusão e da pobreza

precedentes ao conflito armado colombiano na hora de estruturar políticas de reparação. Para estes autores, "o potencial transformador da reparação é particularmente importante em sociedades que, como a colombiana, antes do trauma de uma guerra ou ditadura eram em si mesmas excludentes e desiguais e cujas estruturas de exclusão constituem um fator essencial do conflito" (p.35). Por isso, apesar das dificuldades que se enfrentam em "sociedades bem desordenadas", onde a desigualdade estrutural é anterior à crise humanitária que se busca superar, defendem a ideia de que "as reparações devem ter uma vocação transformadora e não puramente restituitória" (UPRIMNY e SAFFON, 2009, p.32).

ROTH-ARRIAZA (2014) traz à tona detalhes de programas administrativos de reparação de danos já implementados em contextos de transição após conflitos e ditaduras. Descreve as características das estratégias testadas em diferentes países, colocando ênfase nas reparações materiais[5] de danos por violações a direitos ESC ou por violações a direitos civis básicos que acarretaram afetações concomitantes na esfera dos direitos ESC e seu entrecruzamento com o standard de um "padrão de vida adequado".

Salienta como modalidade mais comum de reparação individual material, nas diferentes experiências internacionais estudadas, a indenização mediante o pagamento de montantes fixos de dinheiro, ora na forma de pagamentos únicos, ora como pensões ou pagamentos periódicos.

Quando na forma de pagamentos únicos, algumas dificuldades aparecem, conforme a autora explica: a quantidade de dinheiro reconhecida costuma ser pequena, "raramente é grande o suficiente para mudar uma vida" e geralmente é concedida de maneira tardia (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.366). Além disso, menciona como problemático o uso habitual do montante fixo recebido pelos beneficiários: costuma ser usado "para quitar dívidas, despesas médicas ou taxas escolares, ou é simplesmente consumida sem criar nenhuma mudança de longo prazo no padrão de vida do beneficiado" (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.367).

Inclusive nos casos em que se espera que o dinheiro se destine como investimento inicial em um plano de micronegócio, o montante também é

[5] Ela caracteriza três eixos de reparações: (i) tipologia dos princípios e diretrizes da ONU, (ii) individuais e coletivas e (iii) materiais e simbólicas. Destaca os modelos de restituição de terras e bens dentre as medidas materiais com maior impacto e ao mesmo tempo com maiores dificuldades de implementação prática.

insuficiente e nem sempre os beneficiados recebem capacitação em finanças e administração de negócios (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.367) [6]. Par a autora, ademais, outras dificuldades são trazidas à tona: os pagamentos únicos impõem a criação de sistemas de registro de vítimas e em muitos casos desencadeiam desarticulações nas comunidades e impactam negativamente a dinâmica intrafamiliar (2014, p.367-368).

No caso colombiano, a ideia de reparação integral já se sugeria nas medidas indenizatórias inicialmente direcionadas à população vítima de deslocamento forçado (Lei 418/1997) e no programa de reparação administrativa decorrente da Lei 975/2005 (de desmobilização de grupos paramilitares, conhecida como "lei de justiça e paz") [7]. Posteriormente, o intuito transformador foi inserido de maneira explícita na Lei 1448/2011 (conhecida como "lei de vítimas") pela qual se criou um conjunto de medidas de assistência humanitária, de reparação individual e coletiva e de restituição de terras expropriadas forçadamente, visando restabelecer a cidadania dos sujeitos que se encaixam na categoria "vítima do conflito armado" definida nesta lei[8].

Dessa forma, o programa administrativo de reparação derivado da nova lei se alinhou formalmente com as diretrizes estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU)[9] e deu azo a uma narrativa institucional mais consistente de reparação integral com impacto nas condições e projetos de vida das vítimas, isto é, com pretensão transformadora. Isso, em correspondência com o princípio de "dignidade" definido na mesma lei, segundo o qual as medidas de assistência e reparação devem contribuir para recuperar a cidadania das vítimas ou retorná-las

[6] ROTH não problematiza o assunto do empreendedorismo. Infere-se do texto da autora que a criação de microempresas poderia ser, de fato, uma alternativa plausível de uso adequado do montante fixo recebido como indenização, quando de trilhar mudanças no padrão de vida se trata. Ela diz: "eles [os pagamentos únicos] são muito pequenos para criar um grande impacto nos mercados locais ou para permitir às pessoas criar microempresas".

[7] Este último, regulamentado pelo decreto 1290/2008.

[8] Definição inserida no artigo 3° da lei 1448/2011. Esta lei permanece vigente na fase pós-acordo de paz e continua sendo o marco normativo base do programa administrativo de reparações para as vítimas do conflito armado colombiano.

[9] ONU, Assembleia Geral, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. A/RES60/147, 16 dez. 2005.

ao status de "cidadãos em exercício pleno dos seus direitos e deveres" [10]. Quer dizer que na noção legal de vítima e como parte dos danos a serem reparados estaria subentendida a perda do status de cidadão. A reparação administrativa se apresenta, dessa forma, como o dispositivo do Estado que torna possível a restituição ou recuperação da cidadania perdida.

Na seção a seguir, serão descritos aspectos relevantes da política pública de reparação administrativa às vítimas do conflito armado interno na Colômbia e apresentados os dados consultados em dois relatórios do governo (Ministério do Trabalho e Departamento Nacional de Planejamento) e em um relatório da sociedade civil (*Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado* e a *Corporación Sisma Mujer*). Também serão trazidas à tona as percepções partilhadas pelas mulheres vítimas participantes em um grupo focal realizado em 2015 como fundamento parcial do último relatório mencionado.

Os dados revisados permitirão identificar a ênfase ou preponderância do empreendedorismo (ALVIM et al., 2012) ou "empreendimentismo" (HARVEY, 2008, p.161) nas medidas de reparação integral que vêm sendo implementadas como parte da política pública decorrente da Lei 1448/2011 e cuja continuidade não é colocada em questão, nas políticas do governo, no novo contexto de transição pós-acordo de paz.

A constatação da presença forte da ética ou razão empreendedora (ALVIM et al., 2012) no discurso da reparação integral estimulará a discussão (na seção 3) sobre a cidadania das vítimas e a questão social na superação do conflito armado social, econômico e político na Colômbia, para argumentar que, como efeito das políticas de reparação implementadas e das correlativas estratégias de operacionalização, estar-se-ia produzindo um aprofundamento da exclusão social, ao invés da restituição de uma cidadania plena definida como escopo central na Lei 1448/2011.

[10] Artigo 4°. O texto original em espanhol diz: *"El Estado se compromete a adelantar prioritariamente acciones encaminadas al fortalecimiento de la autonomía de las víctimas para que las medidas de atención, asistencia y reparación establecidas en la presente ley, contribuyan a recuperarlas como ciudadanos en ejercicio pleno de sus derechos y deberes".*

2. "DE VÍTIMAS A EMPREENDEDORES": PREPONDERÂNCIA DO "*EMPREENDIMENTISMO*" NAS MEDIDAS DE REPARAÇÃO INTEGRAL

Para materializar o programa administrativo de reparações, criou-se uma política pública de atenção e reparação integral às vítimas integrada por dois documentos chave: *"Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas"* e *"Lineamientos, plan de ejecución de metas, presupuesto y mecanismo de seguimiento para el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas"*[11]. Adicionalmente, foi criada uma política específica voltada para as mulheres vítimas do conflito armado: *"Lineamientos de política pública para la prevención de riesgos, la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado*"[12]. O acesso das vítimas às diferentes medidas previstas no *Plan de Atención, Asistencia y Reparación Integral* (PAARI) e às autoridades competentes no *Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas* é guiado por um processo administrativo especial que define uma *ruta* (rota) ou procedimento passo a passo.

Ao se analisar o conteúdo dos lineamentos da política pública de atenção e reparação e a forma como ela é operacionalizada (rota do PAARI), salta à vista a ênfase no restabelecimento econômico através das medidas de indenização administrativa e de restituição. Por um lado, prevê-se uma indenização administrativa na modalidade de pagamento único (que costuma levar muito tempo para ser efetivado) mais um "programa de acompanhamento para o investimento adequado" do montante entregue. Por outro lado, como medida de restituição, contempla-se a "restituição de condições para o emprego e o autoemprego".

Haja vista a quantidade de solicitantes e a disponibilidade orçamentária anual, o governo criou critérios de priorização para diminuir o tempo de espera das vítimas de deslocamento forçado[13]. Essa priorização implica em condicionar

---

[11] O segundo, contido no documento CONPES (*Consejo Nacional de Política Económica y Social*) n° 3726 de 2012, disponível em: <https://www.dnp.gov.co/politicas-de-estado/politica-de-atencion-a-victimas/Paginas/Documentos-de-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica.aspx>. Acesso em: 15 dez. 2018.

[12] Documento CONPES n° 3784 de 2013, disponível em: <https://www.dnp.gov.co/politicas-de-estado/politica-de-atencion-a-victimas/Paginas/Documentos-de-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica.aspx.> Acesso em: 15 dez. 2018.

[13] Até dezembro de 2018, se registravam aproximadamente 8 milhões de pessoas vítimas de deslocamento forçado. Disponível em:

o pagamento da indenização a uma "medição de subsistência mínima", procedimento no qual o solicitante deve comprovar que já alcançou a independência na autogeração de uma renda mínima para o sustento vital básico ou suficiente da vítima e de seu núcleo familiar dependente. Isto é, busca-se certificar que a vítima e sua família estão conseguindo auto-satisfazer (sem dependência da assistência do governo) as necessidades relacionadas à alimentação, moradia e saúde. No fundo, trata-se de um pré-requisito que busca garantir que o dinheiro da indenização não seja gasto em despesas básicas e tenha uma destinação com repercussão na melhoria do padrão de vida das vítimas[14].

Assim sendo, o foco nas estratégias de formação vocacional, engajamento laboral e empreendedorismo ganha relevância tanto na fase de assistência humanitária quanto na de reparação integral. Contudo, os relatórios oficiais revisados dão conta da tendência de reforço do empreendedorismo como estratégia priorizada, ao invés do fortalecimento de medidas de acesso a emprego e de materialização dos direitos trabalhistas.

Conforme o descrito no "Relatório de Gestão vigência 2017" do Ministério do Trabalho, Grupo Interno de Trabalho para a Reparação Integral às Vítimas do Conflito Armado - GITRIV, responsável pelo componente "trabalho" da política pública de reparação integral, foi criado o "Programa integral de emprego rural e urbano para as vítimas do conflito armado" (PRIEV), como medida voltada para incentivar e apoiar o "auto-sustento" das vítimas. No referido relatório, o GITRIV afirma que os projetos desenvolvidos e em andamento, em decorrência do PRIEV, visam "restituir as capacidades trabalhistas e produtivas das vítimas, no que tange ao desenvolvimento de programas de empreendedorismo" (p.2), como forma de restaurar a dignidade das vítimas (p.3).

Dos projetos de investimento público sob a responsabilidade do GITRIV, que totalizaram um montante de $34.320 milhões de pesos do orçamento público, se destinaram em 2017 (p.5): (i) $13.316 milhões à

<https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/Desplazamiento>. Acesso em: 20 dez. 2018.

[14] A descrição da rota do PAARI e os critérios de priorização para o acesso à indenização encontram-se descritos em uma apostila informativa destinada às vítimas interessadas. Disponível em: <http://escuela.unidadvictimas.gov.co/cartillas/cartilla_indemnizacion_administrativa.pdf.> Acesso em: 20 dez. 2018.

"formação para o trabalho e vocacional" (projeto de investimento intitulado "*Implementación de estrategias de formación para el trabajo y empleabilidad a víctimas del conflicto armado*"); (ii) $13.252 milhões ao "empreendedorismo" (projeto de investimento intitulado "*Apoyo a las iniciativas de emprendimiento y empresarismo formal de las víctimas del conflicto armado*"); e (iii) $7.752 milhões à "reparação coletiva" (projeto de investimento intitulado "*Desarrollo de la ruta de empleo e autoempleo a sujetos de reparación colectiva a nivel nacional*").

Os programas de formação para o trabalho e vocacional se referem (segundo a descrição do GITRIV) a "processos de formação que buscam reparar de maneira integral a população vítima no quadro de uma 'rota de emprego' e potencializar as chances reais de recrutamento laboral em trabalhos dignos, decentes e de qualidade". À época de publicação do relatório pelo GITRIV, estavam em andamento três programas que visavam beneficiar, pelo menos, 5.000 vítimas: "*Educándonos para la paz*" (3.025 jovens); "*TransFórmate*" (1.300 vítimas); "*Orientación vocacional*" (600 jovens). Contudo, os resultados de execução apresentados nenhuma medição de impacto oferece para determinar o efetivo incremento da chance de acesso a opções de trabalho digno, decente e de qualidade a partir das modalidades de formação vocacional implementadas.

Os resultados se apresentam apenas em termos de número de pessoas inscritas e de metodologias de capacitação utilizadas (comumente integrando uma fase teórica seguida por um estágio prático). Ademais, é significativo que para o primeiro dos programas, que priorizava as áreas de capacitação em "software, soldagem, calçado, BPO (call e contact center) e hotelaria e turismo", apenas em 2017 estava começando a ser construída, junto às instituições parceiras (OIT, OEI e Bancoldex) uma "agenda de trabalho para abordar com os empresários o assunto da vinculação dos participantes para a realização do estágio prático". Ademais, o GITRIV reconhece como desafios persistentes: a prevenção do abandono dos processos de formação pelas vítimas inscritas, a vinculação efetiva em empresas para realização do estágio prático e a inserção laboral efetiva das vítimas em empregos dignos e decentes. Em outras palavras, nenhum resultado com esse alcance tinha sido concretizado até 2017.

Já no projeto de apoio ao empreendedorismo ("*Apoyo a las iniciativas de emprendimiento y empresarismo formal de las víctimas del conflicto armado*"), que absorve mais do 40% do orçamento público destinado ao programa de geração de emprego que lidera o Ministério do Trabalho - GITRIV, na vigência de 2017, se enfocaram duas frentes de ação: o programa "Somos Rurales" que visava apoiar

projetos de empreendedorismo rural de pelo menos 2.830 famílias vítimas do conflito em 8 departamentos, com foco em linhas produtivas específicas como café, inhame, apicultura, piscicultura, turismo rural comunitário, árvores frutíferas, árvores de floresta e criação sustentável de gado. Por outro lado, desenvolveu-se um "programa de fortalecimento do empreendedorismo" com foco em 63 unidades produtivas de famílias vítimas de deslocamento forçado que se encontrava em processo de retorno ou realocação.

Depreende-se daí um número limitado de beneficiários, além da ausência de dados sobre a efetiva consolidação, sustentabilidade e sucesso financeiro dos projetos e unidades produtivas apoiadas sob esse viés de fortalecimento da capacidade empreendedora.

As cifras apresentadas nos relatórios de seguimento do CONPES 3726/2012 permitem constatar a tendência de foco no empreendedorismo, na execução de ações sob a responsabilidade de outras entidades como o *Departamento Administrativo de Prosperidad Social* e o *Servicio Nacional de Aprendizaje* (que complementam as do Ministério do Trabalho), no tocante ao restabelecimento econômico das vítimas de deslocamento forçado, como registrado na tabela a seguir:

Tabela 1. Número de vítimas beneficiadas nas linhas de intervenção voltadas para o restabelecimento econômico enquadradas no CONPES 3726/2012

Linha de intervenção / Período de vigência	Recrutamento (enganche) laboral		Formação para o trabalho		Empreendedorismo e fortalecimento	
	Beneficiados	Meta	Beneficiados	Meta	Beneficiados	Meta
2014	83.367	(sem meta definida)	(sem dados)	(sem meta definida)	128.125	(sem meta definida)
2015	4.416	30.000	4.563	500.000	44.800	30.000
2016	34.361	60.000	774.915	500.000	86.932	30.000
2017	66.760	90.000	784.450	500.000	71.291	30.000
2018 (1° semestre)	13.833	120.000	430.557	500.000	32.238	30.000
	202.737	300.000	1.994.485	2.000.000	363.386	120.000

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados dos gráficos contidos no *"Informe de seguimiento a los avances en el cumplimiento de las metas establecidas en el Documento CONPES 3726 de 2012 – Junio de 2018"* do DNP[15]

[15] Páginas 9-11. Relatório disponível em:

De acordo com os dados reportados, o acúmulo das ações desenvolvidas entre 2014 e junho de 2018 reflete uma concentração maior nas intervenções referidas à formação vocacional. O contraste entre as ações de formação a as de recrutamento laboral é significativo: enquanto 1.994.485 vítimas de deslocamento forçado participaram em programas de formação vocacional, somente 202.737 foram atendidas nas ações voltadas para o recrutamento laboral, sendo que tal atenção se prestou (conforme se descreve no relatório) através de meras atividades de promoção e sensibilização, sem comprometimento direto dos empresários para concretizar o acesso a oportunidades de emprego: plantões ou rodas de "sensibilização a empresários" para transmitir a mensagem da "importância de brindar oportunidades de trabalho à população vítima da violência", "feiras de serviços em municípios afastados" e "escritórios itinerantes" (DNP, 2018, p.8).

Por outro lado, é notória a diferença acumulada na quantidade de ações voltadas para o recrutamento e das relativas ao empreendedorismo: estas últimas superam em quase 80% as primeiras e, em 2015, a relação foi de 10 a 1 (por cada ação voltada para o recrutamento laboral, 10 ações de fortalecimento ao empreendedorismo foram executadas).

Observa-se também que, enquanto as metas anuais de ações para o recrutamento laboral traçam uma linha ascendente ao longo do período reportado (a meta em 2015 era de 30.000 beneficiados e em 2018 de 120.000), as relativas ao empreendedorismo se mantiveram estáveis (de 30.000 em todos os anos). Contudo, enquanto o descumprimento das metas anuais das ações para o recrutamento foi constante, as metas daquelas relativas ao empreendedorismo foram ultrapassadas em todos os anos.

Já no tocante ao CONPES 3784/2013 (política pública específica para as mulheres vítimas), vale trazer à tona as percepções das mulheres consultadas pela *Corporación Sisma Mujer*, em dezembro de 2015, para a produção do relatório de avaliação sobre o estado de efetivação dos direitos das mulheres em situação de deslocamento forçado à luz dos pronunciamentos da Corte Constitucional[16].

---

https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Poltica%20de%20Vctimas/Informe_CONPES_3726_junio%202018.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018.

[16] Em 2004 (sentença T-025) a Corte Constitucional colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional pela situação de violação sistemática e massiva de direitos fundamentais da população vítima de deslocamento forçado e proferiu um conjunto de ordens direcionadas à revisão e reformulação da política pública específica. Em

Para tanto, foi convocado um grupo focal com a participação de 10 mulheres que reúnem a dupla qualidade de vítimas do conflito armado e de lideranças sociais e/ou defensoras de direitos humanos. No diálogo propiciado, as participantes foram questionadas acerca das medidas previstas no CONPES 3784/2013, se satisfaziam ou não as ordens proferidas pela Corte Constitucional e como elas vivenciavam ou não o gozo dos direitos sociais em decorrência da implementação dessa política pública. Também foram consultadas sobre o procedimento da rota PAARI para o acesso à indenização administrativa.

Em matéria de medidas de "geração de renda" para garantir a estabilização econômica das mulheres vítimas, as participantes salientaram que a alternativa de "projetos produtivos" é a mais comum. Contudo, os projetos costumam não ter impacto, haja vista o valor irrisório dos auxílios financeiros ofertados pelo governo. "Oferecem três milhões [de pesos][17] para que seis mulheres se associem e montem uma empresa. Mas de onde? É irrisório! Como pretendem que com isso montem um negócio e consigam viver disso?"[18], manifestou uma participante procedente do departamento de El Meta (localizado na região leste da Colômbia).

E sobre a rota do PAARI, outra participante expôs a seguinte descrição:

> [...] Depois vem um PAARI [sic] de indenização, que é o questionário mais longo. Supostamente a indenização é para restabelecer o projeto de vida. A UARIV (*Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas*) maneja uma pontuação. Se as necessidades básicas continuam mal, a reparação não procede, porque não cumpriria o objetivo, a pessoa não está preparada para receber a reparação. Se tem que tirar das compras no

---

2008 (auto A-092) a Corte se pronunciou a respeito da situação das mulheres vítimas de deslocamento forçado e emitiu uma série de ordens relativas à abrangência da política pública específica para incluir as necessidades, riscos, impactos e vulnerabilidades baseadas no gênero que afetam especialmente as mulheres vítimas de deslocamento forçado. O relatório referido foi apresentado perante a Corte Constitucional em maio de 2016, conjuntamente pela *Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado* e a *Corporación Sisma Mujer*. A autora do presente trabalho esteve envolvida na produção do relatório, na qualidade de pesquisadora e redatora principal. Também foi responsável pelo desenho metodológico e realização do grupo focal.

[17] Equivalente a USD $960 (R $3535).

[18] Tradução da fala original em espanhol: "*Ofrecen tres millones para que seis mujeres se asocien y monten una empresa. ¿De dónde? ¡Es irrisorio! ¿Cómo pretenden que con eso monten un negocio y vivan de eso?*".

> mercado para pagar o aluguel, essa pessoa gastaria a grana da indenização no aluguel e no mercado [19].

O panorama apresentado reflete a maneira como o discurso do "empreendimentismo" (HARVEY, 2008, p. 161 e 179) vem sendo não somente inserido como reforçado nos dispositivos da política pública de reparação integral na Colômbia. E mais, se estabelece uma ligação direta com o discurso da dignidade e da capacidade das vítimas: capacidade produtiva e dignidade se assimilam, pela via da 'capacidade empreendedora', como qualidade que se pressupõe toda vítima tem. É num contexto de naturalização do individualismo competitivo e de formas precarizadas de inserção social, que uma manchete da mídia eletrônica como a que tomo emprestada para intitular esta seção se publica sem causar estranheza como um caso bem-sucedido: *"De víctimas a empreendedores"* [20].

Entretanto, salta à vista que a iniciativa empreendedora nesse contexto se encaixa no grupo "empreendedorismo por necessidade", conforme a classificação sintetizada por ALVIM et al. (2012, p.8). Com muitas desvantagens representadas pelo desarraigamento que o deslocamento forçado ocasionou, como a baixa escolaridade e a insatisfação das necessidades básicas, e diante do contexto de desemprego estrutural e de formas precarizadas de trabalho, as vítimas não têm liberdade de escolha. Optam pelo empreendimento de micronegócios, mesmo sem vocação e sem recursos, como única alternativa ofertada pelo Estado para transitar a uma situação de suposto restabelecimento econômico e para cumprir as exigências que o acesso à indenização

[19] Tradução da fala original em espanhol: *"El PAARI mira cómo está usted en ese momento, cuántas personas dependen de usted en ese momento. Para las ayudas de transición, las humanitarias. De acuerdo a esas ayudas a usted le hacen un primer PAARI durante un año. Después viene un PAARI de indemnización, que es el cuestionario más largo. Se supone que es para restablecer proyecto de vida, la indemnización. La UARIV maneja puntajes. Si las necesidades más básicas siguen mal, no se procede a la reparación, porque no cumpliría el objetivo, no está preparada esa persona para recibir reparación. Si tiene que sacar del mercado para pagar el arriendo. Se comería la plata de la indemnización en arriendo y en mercado".*

[20] Notícia publicada em *El Espectador*, em 16 de abril de 2017, que trata do caso de uma associação de camponeses que conseguiram viabilizar o retorno ao território de origem (passados vários anos de terem sofrido o deslocamento forçado) através da consolidação de um projeto produtivo com apoio do programa "Somos Rurales", do Ministério do Trabalho, que contou com financiamento do PNUD. Disponível em: <https://colombia2020.elespectador.com/territorio/de-victimas-emprendedores>. Acesso em: 15 dez. 2018.

administrativa impõe, ainda que o montante de dinheiro destinado ao empreendimento seja irrisório.

A alternativa do projeto produtivo (projeto de empreendimento) se impõe, dando por pressuposto que toda vítima, mesmo em condições de extrema vulnerabilidade e desvantagem social, é capaz ou pode chegar a ser capaz de desenvolver a habilidade empreendedora, se fortalecida para isso através de breves programas de formação vocacional, e de ganhar por essa via seu sustento e o dos seus dependentes. Na realidade, uma expectativa para além da geração de uma renda mínima (expectativa que dificilmente é atingida por este caminho), como seria a de prosperar e gerar lucros, ou seja, de se tornar 'empresário', se mantém fora do alcance das vítimas beneficiadas na maioria dos casos (se não em todos). Enquanto isso, as estratégias de geração de emprego e de trabalho formal, digno e decente, mesmo recorrentes na retórica da política pública, restam secundarias na prática, com fracas (se não inexistentes) iniciativas governamentais de genuíno envolvimento do empresariado.

3. A 'QUESTÃO SOCIAL' NA SUPERAÇÃO DO CONFLITO COLOMBIANO: QUAL CIDADANIA PARA AS VÍTIMAS NA TRANSIÇÃO À PAZ?

A existência de um conflito armado interno na Colômbia, sem dúvida, é um elemento que complexifica a discussão sobre a 'questão social'. A crise humanitária que representa a massiva violação de direitos fundamentais, com impacto aprofundado nos direitos sociais de milhões de pessoas, especialmente daquelas deslocadas forçadamente, trouxe consigo o surgimento de uma nova categoria de sujeitos: as vítimas do conflito armado.

Com isso, emergiram desafios na esfera da política social: como deve/pode o Estado, na sua concepção de 'Estado Social' (assim consagrado constitucionalmente na Colômbia a partir de 1991), se ocupar de tamanho drama humanitário com impacto em um segmento significativo da população? Como deve/pode se ocupar do aprofundamento da pobreza, da exclusão e das desigualdades sociais que já preexistiam, mas que parecem afetar em maior medida as vítimas do conflito armado?

Poder-se-ia dizer que, ao mesmo tempo em que a 'exclusão' do mercado do trabalho, a chamada 'exclusão social' (e não mais a exploração decorrente do modo de produção capitalista) se enfocava nos debates teóricos contemporâneos

como o problema central para justificar posicionamentos a favor de uma 'nova questão social' que tira do trabalho a centralidade como categoria fundamental da organização social (ROSANVALLON, 1998; OFFE, 1989), na Colômbia, a questão das vítimas do conflito (a começar pelas vítimas do deslocamento forçado) se somava tornando mais complexo o assunto: a questão das 'vítimas' surgia como uma componente incontornável que ganhava mais e mais centralidade nas políticas sociais do Estado. Claro está como resultado de uma forte mobilização social que levou à inserção do assunto das vítimas e seus direitos à verdade, justiça, assistência e reparação na agenda pública[21].

O programa administrativo de reparações consolidado antes da assinatura do Acordo Final de Paz pelo governo e as FARC-EP, é mostra da centralidade daquela variante da questão social na Colômbia. Também pelo contexto em que se gestou, foi um programa inédito (se comparado com outras experiências internacionais): ainda em vigência do conflito armado (quer dizer, sem existir, à época, uma situação clara de transição política), a política de reparação integral abriu-se passo por via administrativa, fundada no princípio de solidariedade, independente da atribuição ou assunção de responsabilidades. O Estado assumiu a reparação massiva dos danos, com independência dos processos judiciais (ordinários ou enquadrados na justiça de transição) levados adiante para atribuir responsabilidades individuais ou coletivas pelas violações de direitos, como o caminho mais adequado para enfrentar a crise humanitária.

Nesse cenário, o tratamento da questão social na Colômbia se mostra ambíguo quanto à concepção do trabalho como categoria fundamental e no que diz respeito à atenção para as dinâmicas de exploração e dominação que o capitalismo tardio acarretou.

Por um lado, a abordagem jurídica da categoria 'vítima' e a pretensão de restauração de uma cidadania perdida que a política de reparação abraça, parece se adequar ao discurso da 'exclusão social' como categoria central. A vítima estaria fazendo parte do conjunto dos excluídos: sujeitos que foram destituídos de direitos sociais e políticos por causa da violência sociopolítica e que foram colocados numa situação de pobreza e vulnerabilidade extremas, marginados do mercado do trabalho como consequência do desarraigamento.

[21] Primeiro por via jurisprudencial (perante a Corte Constitucional em 2008, na sentença que declara o estado de coisas inconstitucional), depois por via legislativa (lei de vítimas em 2011) e ulteriormente por via do Acordo Final de Paz (em 2016).

Mas, por outro, a política de reparação estipula, como forma de viabilizar essa restauração de cidadania, dentre outras medidas, o restabelecimento econômico. E como modo de concretização desse restabelecimento, elencam-se nos dispositivos legais medidas de atenção e de reparação que priorizam o acesso a formas de trabalho "digno e decente" como fonte de renda para o sustento próprio e da família da vítima beneficiada. A princípio, então, não pareceria haver uma abordagem do tipo assistencial para a inserção social de sujeitos excluídos, e pelo contrário, a ênfase no trabalho produtivo e a preocupação com a reinserção no mercado do trabalho permaneceriam válidas.

De fato, existe na política de reparação uma retórica acentuada que diz respeito ao 'projeto de vida' das vítimas. A reparação visaria restaurar esse projeto de vida que, dentre outras coisas, incorpora também a capacidade de participar em sociedade através do exercício de um trabalho, uma atividade útil, produtiva, uma contribuição social consoante com uma vocação profissional. Assim, na visão do projeto de vida estaria implícito o direito ao trabalho (a exercer livremente um trabalho e a viver dele).

Entretanto, o 'como' dessa reinserção social 'pelo' trabalho e 'no' mercado do trabalho parece problemático visto que o acento crescente no empreendedorismo coloca em evidência a distância entre a retórica e as implicações práticas da política de reparação. Na forma como vem sendo operacionalizada, se distrai a atenção da exploração capitalista que continua vigente. No tratamento jurídico e na política pública, a vítima aparece como sujeito que sofreu danos decorrentes de 'violações de direitos humanos', sem mais. Isto é, a vítima e a demanda de reparação se desvinculam do contexto de exploração, dominação e desigualdade social próprios do desenvolvimento da ordem capitalista que confluem historicamente no processo violento deste particular conflito e o desemprego estrutural se naturaliza como uma realidade que está aí, imodificável.

De modo que, em realidade, mais do que o direito 'ao' trabalho, é o direito 'de' trabalho (livre acesso do capital à força de trabalho) o que as medidas estatais estariam garantindo, e com isso, também o reforço de formas precárias de trabalho, como seria o trabalho por conta própria e sem proteção social que o empreendedorismo enseja.

Soma-se a isso uma carga moral que se faz visível ao se responsabilizar a própria vítima que recebe o benefício indenizatório, em dois sentidos: como

requisito prévio para o acesso à indenização administrativa, a vítima deve demonstrar ter alcançado um mínimo de autonomia econômica e, como contrapartida da reparação, a ela cabe aceitar a alternativa imposta (empreendedorismo por necessidade) e demonstrar capacidade de desenvolvimento autônomo de um projeto produtivo (micronegócio). Em outras palavras, a ela cabe ser responsável pela própria inserção e supervivência no mundo do trabalho.

Com outras palavras, aprofunda-se a visão que apaga do discurso oficial da reparação dos danos por violações ou afetações nos direitos sociais a persistência das diferentes formas de exploração capitalista que se veem aprofundadas em contextos de violência política, de economia extrativista e de economias ilegais (como na Colômbia), que impactam desproporcionadamente em certos segmentos sociais (mulheres, minorias étnicas, população negra e afrocolombiana, trabalhadores/as rurais e pessoas afetadas pelo deslocamento forçado[22]), para reforçar a ilusão da 'autodependência', do salto da condição de vulnerável e excluído que a categoria vítima pressupõe para a condição de 'pessoa empreendedora', 'autônoma' e 'capaz' de produzir para si – com independência das condições estruturais – a própria fonte de restabelecimento econômico e de proteção social. A vítima 'capaz' e 'empreendedora' aparece como única responsável (com um pequeno auxílio inicial do governo, sob a etiqueta da reparação econômica) de restabelecer o vínculo social mediante o autoemprego e de gerar meios próprios de preservação da vida diante dos riscos sociais (doença, velhice, acidentes profissionais, etc.) em um país onde o sistema de seguridade e proteção social está em excesso privatizado e financiado. Tudo isso, sem nenhum reenvio, nos programas e políticas governamentais, à responsabilidade e envolvimento do grande capital.

Aqui vale retomar a arguição apresentada por Pastorini (2010), ao se debruçar na categoria 'questão social' e no debate sobre a suposta emergência de um problema novo (a 'exclusão'), adotando um posicionamento crítico frente aos autores que, como Rosanvallon (1998), partem da premissa de que o vínculo pelo trabalho e a questão da exploração e da dominação capitalistas não são mais as categorias fundamentais.

---

[22] Sobre as economias extrativistas na Colômbia e seus impactos sociais, ver: ULLOA, Astrid, *Feminismos territoriales en América Latina: defensas de la vida frente a los extractivismos*. Nómadas, n. 45, 2016, p. 123-139. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/noma/n45/n45a09.pdf.>. Acesso em: 15 dez. 2018.

Ao entender "o desenvolvimento histórico como um processo contraditório e não linear", a autora propõe pensar na questão social, "sem vê-la nem como total novidade, nem como um conjunto de problemáticas que sempre existiram e/ou que sempre existirão (metamorfoseadas ou nas suas "variadas modalidades")" (PASTORINI, 2010, p.100-101). Para tanto, formula um desvendamento dos "traços constitutivos da 'questão social'" a busca daquilo "que permanece" (PASTORINI, 2010, p. 101), de modo que, apesar da emergência de "novos elementos e novos indicadores sociais", não se trataria em realidade de uma 'nova questão social' (PASTORINI, 2010, p.102). Ao contrário, ela argumenta que "se trata de novas expressões da mesma 'questão social', entendendo que os traços essenciais da sua origem – sua íntima vinculação ao processo capitalista – ainda têm vigência", visto que, "por um lado, o capitalismo não se esgotou, e, por outro, que a 'questão social' na sociedade capitalista toma 'estado público' quando a sociedade que a originou está preparada para assumi-la" (PASTORINI, 2010, p.102). Nos diferentes estágios capitalistas, então, a 'questão social' apenas se reformula ou redefine, mas "persiste substantivamente sendo a mesma", com seus "três pilares centrais" (PASTORINI, 2010, p.111):

> [...] em primeiro lugar, podemos afirmar que a "questão social" propriamente dita remete à *relação capital/trabalho* (exploração), seja vinculada diretamente com o trabalho assalariado ou com o "não-trabalho"; em segundo, que o atendimento da "questão social" vincula-se diretamente àqueles problemas e grupos sociais que podem colocar em *xeque a ordem socialmente estabelecida* (preocupação com a coesão social); e, finalmente, que ela é expressão das *manifestações das desigualdades e antagonismos* ancorados nas contradições próprias da sociedade capitalista.

Em consonância com essas premissas, a autora chama a atenção quanto à necessidade de canalizar de maneira coerente as medidas de enfrentamento da 'questão social', uma vez esta toma estado público: "já não podem ser pensadas estritamente como mecanismos que contribuem para a acumulação do capital, pelo contrário, devem ser vistas como uma relação, uma mediação entre a sociedade civil e o Estado, que reflete sua dupla característica de coerção e de consenso, de concessão e de conquista" (PASTORINI, 2010, p.111).

No contexto colombiano, os traços essenciais da questão social referidos por Pastorini (2008) continuam latentes e resulta problemático que as medidas adotadas no plano da política pública de reparação negligenciem seu enfrentamento. Com efeito, os dados constantes dos relatórios revisados permitem inferir que a pretensa restituição ou recuperação de cidadania via empreendedorismo, ao reforçar as condições de trabalho precário para as vítimas

que acessam a esse mecanismo indenizatório, não se traduz na reconstituição substancial da cidadania: não se habilita um caminho de recomposição do "pertencimento à coletividade política" e de "internalização do vínculo social" (HASSENTEUFEL, 1996, p.129), pois no máximo, o que se propicia é a relegação e manutenção das vítimas nas posições periféricas e mais precárias do mercado do trabalho, ao mesmo tempo em que se enfraquecem suas opções de mobilização social para contestar e reverter o continuum de exploração.

Por fim, não se transparece uma autêntica preocupação com o restabelecimento da cidadania estatutária, na medida em que a efetividade dos direitos sociais na dimensão do trabalho continua a sobrar como uma constante tarefa pendente. Em suma, o quadro de ausência de coesão social se agrava, a vulnerabilidade social continua a mesma para as vítimas e, pior, se acentua a defasagem entre cidadania política e direitos sociais (HASSENTEUFEL, p.131 e 149) para esse segmento da população.

CONCLUSÃO

No novo contexto de transição política e de configuração de mecanismos de justiça de transição na Colômbia, a reparação administrativa permanece como componente essencial na garantia de direitos das vítimas do conflito armado. Assim, a política pública de reparação integral antecedente, antes que revisada ou reformulada, manterá vigência (com adequações) e será fortalecida na etapa pós-conflito, conforme estipulado no ponto 5.1.3.7 do Acordo Final de Paz[23].

Ao mesmo tempo, as vozes sobre os limites da justiça de transição, e em particular, das medidas reparatórias, para superar as desigualdades sociais e para produzir mudanças sociais tomam força. Roth-Arriaza (2014) apresenta as dificuldades na hora de definir o escopo das medidas de indenização e seu alcance, quando do alargamento para a esfera dos direitos ESC se trata. Também traz à tona os dilemas práticos no tocante à implementação de indenizações individuais. Ela lembra que as reparações, por definição, "são limitadas, direcionadas e incompletas" (2014, p.356) e traz à tona as posturas que desaconselham a aplicação de reparações individuais em contextos de exploração

[23] No ponto 5.1.3.7 do Acordo Final de Paz, prevê-se a *"Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política [pública] de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas"*.

econômica sistemática e institucionalizada: nesses casos, alguns autores consideram que as "reparações individuais são inadequadas", pois, "ao individualizar a compensação, podem impedir mudanças sistémicas ao substituir a redistribuição" (MUVINGI, 2009, p.180 apud ROTH-ARRIAZA, 2014, p.356-357). A autora concorda assinalando que, "se o objetivo é obter direitos ESC para todos, reparações são, no melhor dos casos, um paliativo e, no pior dos casos, uma distração" (ROTH-ARRIAZA, 2014, p.357).

Por sua vez, Sandoval (2014) reflete em torno do papel da justiça de transição para promover mudanças sociais. Ao diferenciar três tipos de mudanças que podem estar em jogo (mudanças sociais ordinárias, estruturais e fundamentais), concentra a atenção na mudança social fundamental que "ocorre quando a luta social que é capaz de apresentar uma nova ideologia dominante inspirada em valores radicalmente diferentes daqueles que permitiram que a repressão ou conflito ocorressem" (SANDOVAL, 2014, p.188).

No entanto, defende uma visão realista na hora de definir os fins almejados na aplicação da justiça de transição e argumenta que nenhum dispositivo de justiça de transição, por si só, ou aplicado isoladamente sem ligação com políticas públicas mais amplas e direcionadas, tem a virtualidade de gerar mudanças sociais fundamentais. Assim, como cerne da produção de mudanças fundamentais, ressalta as estratégias de fortalecimento da capacidade de luta e de exercício de cidadania das vítimas.

Reconhecendo esses limites, cabe dizer, como apontamento final, que desafios em pelo menos dois níveis devem continuar a ser problematizados: a justificação política das medidas de reparação e a operacionalização da política pública de reparação integral, tendo em vista os impactos na realização dos direitos sociais e na cidadania das pessoas que, desde lugares não privilegiados, sofreram o fardo da violência sociopolítica.

Quanto à justificação política, se o fim perseguido é o de possibilitar a reconstituição do vínculo social e reposicionar as vítimas como cidadãs plenas, será preciso continuar a desvelar como no discurso oficial da cidadania se enfraquece ou se fortalece a capacidade de luta dos segmentos afetados e beneficiados pelas medidas de reparação, diante da continuidade de exploração.

E no tocante à implementação da política pública, estratégias como o pagamento único de um montante fixo de dinheiro acompanhado do controle do Estado na destinação dos recursos pelos beneficiados merecem maior

reflexão. Na forma adotada na Colômbia, as medidas de política pública apresentam sérias dificuldades devido à imposição crescente da via empreendedora. Essa escolha de política pública, que de jeito nenhum está desprovida de ideologia – no sentido arguido por Alvim, Castro e Nunes (2012) – parece desvirtuar qualquer esforço de dignificação das vítimas e de mudança social. Não somente se trata de uma estratégia sem impacto (com recursos irrisórios, nenhuma vítima salta da extrema vulnerabilidade à condição privilegiada de 'empresário'), como reproduz as condições de exploração e de precarização do trabalho.

Enfim, diante do limitado espaço de ação que comportam os mecanismos de justiça de transição com vistas à mudança social e, especificamente, na atual fase de pós-acordo de paz, enfocar o debate da questão social cobra relevo. Maiores esforços de pesquisa nesse sentido poderiam contribuir para subsidiar um reenfoque da política pública de reparação integral e contestar os elementos de continuidade que afastam qualquer possibilidade de superação dos fatores que determinaram a existência e persistência do conflito armado, político, econômico e social na Colômbia.

REFERENCIAS

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende, NUNES, Tiago de Garcia e CASTRO, Carla Appollinario de. Empreendedorismo tupiniquim: notas para uma reflexão. In: *Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades*. Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de Setembro de 2012, ISSN 2316-266X.

AMAYA, Andrea Catalina León. Informe de Valoración sobre el estado de cumplimiento de las órdenes emitidas en el auto 092 de 2008 con ocasión de los requerimientos realizados en el auto 443 de 2015. In: *Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado*. Relatório encaminhado à Corte Constitucional como parte do seguimento à sentença T-025 de 2004 sobre o estado de cosas inconstitucional em matéria de deslocamento forçado interno na Colômbia. Disponível em: <https://drive.google.com/open?id=0B36EZzzuZ5TUGhPTVJNOGNCWkU>.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* São Paulo: Ed. Cortez, 1998.

COLÔMBIA, *Acuerdo Final de Paz*, de 24 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/index.html>.

_____ *Lei 975 de 25 de julho de 2005*. Diário Oficial No. 45.980 de 25 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html>.

_____ *Decreto 1290 de 22 de abril de 2008*. Disponível em: <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/reparaci%C3%B3n/decreto-1290-de-2008/13096>.

_____ *Lei 1448 de 10 de junho de 2011*. Diário Oficial No. 48.096 de 10 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html>.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. *Documento CONPES n° 3726 de 2012*. Plan Nacional de Atención y Reparación Integral para las Víctimas. Disponível em: <http://gapv.mininterior.gov.co/content/conpes-3726-de-2012>.

_____. *Documento CONPES n° 3784 de 2013*. Lineamientos de política pública para la prevención de riesgos, la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado. Disponível em: <http://historico.equidadmujer.gov.co/Normativa/Documents/Conpes-3784-Mujeresvictima-conflicto-armado.pdf.>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-025 de 22 de enero de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Informe de seguimiento a los avances en el cumplimiento de las metas establecidas en el Documento CONPES 3726 de 2012*. Junho de 2018. Disponível em:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Poltica%20de%20Vctimas/Informe_CONPES_3726_junio%202018.pdf>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO, Grupo Interno de Trabajo para la Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto Armado. *Informe de gestión vigencia 2017*. Disponível em: <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/819856/Informe+GITRIV_2017_V6_final_ok.pdf>.

UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS. *La indemnización administrativa a víctimas del conflicto armado: Qué es, cómo se entrega y a quién?*. Disponível em:

<http://escuela.unidadvictimas.gov.co/cartillas/cartilla_indemnizacion_administrativa.pdf>.

ESTRADA, Jairo. Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada. In: COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Bogotá, 2015. Disponível em: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf>.

EL ESPECTADOR. *De víctimas a emprendedores*. 16 de abril de 2017. Disponível em: <https://colombia2020.elespectador.com/territorio/de-victimas-emprendedores>.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 17ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HASSENTEUFEL, Patrick. L'État-Providence ou les métamorphoses de la citoyenneté. In: *Revue L'Année Sociologique*. Paris: PUF, 1996, v. 46/96, p. 127-151.

MONCAYO, Víctor Manuel. Hacia la verdad del conflicto: insurgencia guerrillera y orden social vigente. In: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Bogotá, 2015. Disponível em: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf>.

OFFE, Claus. Trabalho como categoria sociológica fundamental? In: *Trabalho e Sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989.

ONU. Assembleia Geral. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. A/RES60/147, 16 dez. 2005.

PASTORINI, Alejandra. *A categoria questão social em debate*. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ROTH-ARRIAZA, Naomi. Reparações e direitos econômicos, sociais e culturais. In: MEYER, Emílio Peluso Neder e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 353-416.

SANDOVAL, Clara. Justiça de transição e mudança social. In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, 2014, v.11, n.20, p. 184-194. Disponível em: <http://conectas.org/pt/acoes/sur>.

UPRIMNY, Rodrigo e SAFFON, María Paula. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. In: DIAZ, Catalina, SÁNCHEZ, Nelson Camilo e UPRIMNY, Rodrigo (Ed.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá: ICTJ e DeJuSticia, 2009, p. 31-70.

O TRABALHO DECENTE EM MEIO À CRISE: um olhar sobre o trabalho alienado no contexto da pandemia da Covid-19

Isadora Kauana Lazaretti
Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutoranda em Direito; Bolsista Prosuc/CAPES, Chapecó-SC, Brasil, iklazaretti@gmail.com

Lucas Dalmora Bonissoni
Universidade de Passo Fundo, Mestre em Direito, Chapecó-SC, Brasil, lucasdbonissoni@hotmail.com

Luiz Henrique Maisonnett
Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Doutorando em Tecnologia e Gestão da Inovação; Professor de Direito Internacional e Relações Internacionais, Curso de Direito e Relações Internacionais, Chapecó-SC, Brasil, luizhenrique.maisonnett@gmail.com

Resumo: A pandemia da Covid-19 pegou o mundo inteiro de surpresa. Em um momento que se enfrentava uma transição paradigmática em diversos campos e em escala global, agora o planeta é forçado a uma revisão e alteração não só no modo de vida das populações, mas principalmente das relações de trabalho e renda, trazendo consigo diversas inseguranças e desafios. Os objetivos da presente pesquisa são analisar o contexto global da pandemia da Covid-19; compreender como tal pandemia afetou as relações de trabalho; e identificar como as pessoas encontraram respostas, e que respostas são essas, diante da crise instaurada. O método utilizado para a presente pesquisa foi a revisão sistemática da literatura. Foi possível compreender como as relações de trabalho e a busca por renda foram afetadas pela pandemia do Covid-19. Percebeu-se que a tecnologia, que antes trazia esperanças e sinais de uma nova era, não foi capaz de sanar nem resolver uma solução para a pandemia, entretanto, trouxe uma série de possibilidades para as pessoas que ficaram sem trabalho e sem renda, servindo como uma alternativa de angariar outros meios de recursos financeiros para subsistência. Por outro lado, constatou-se, também, que o trabalho digital veio carregado de fatores alienantes, que trouxeram consigo problemas emocionais e psicológicos ao que agora, sem outra perspectiva, buscam o trabalho decente em meio à rede.

Palavras-chave: Trabalho decente; Trabalho alienado; Pandemia; Covid-19; Tecnologia.

Abstract: The Covid-19 pandemic took the whole world by surprise. At a time when there was a paradigmatic transition in several fields and on a global scale, the planet is now forced to revise and change not only the way of life of the

populations, but mainly the work and income relationships, bringing with it several insecurities and challenges. The objectives of this research are to analyze the global context of the Covid-19 pandemic; understanding how such a pandemic has affected labor relations; and to identify how people found answers, and what those answers are, in the face of the crisis. The method used for this research was a systematic review of the literature. It was possible to understand how labor relations and the search for income were affected by the Covid-19 pandemic. It was realized that technology, which previously brought hopes and signs of a new era, was not able to cure or solve a solution to the pandemic, however, it brought a series of possibilities for people who were left without work and without income, serving as an alternative of raising other means of financial resources for subsistence. On the other hand, it was also found that digital work came loaded with alienating factors, which brought with it emotional and psychological problems that now, without another perspective, are looking for decent work in the middle of the network.

Keywords: Decent work; Alienated work; Pandemic; Covid-19; Technology.

INTRODUÇÃO

Apesar do desenvolvimento tecnológico revolucionário dos últimos anos, a globalização das economias, digitalização, inteligência artificial e robotização, o trabalho humano continua a ser o fator chave para o bem-estar material e social de todos os países. A saúde e segurança dos trabalhadores e sua capacidade de trabalho, competência, habilidades e participação no trabalho são os fatores-chave do desenvolvimento socioeconômico e da sustentabilidade de cada país (RANTANEN, et al., 2020).

Mesmo que exista um impacto positivo na distribuição de novas tecnologias e da Internet em todos os continentes e o aprimoramento da conectividade global, o impacto social da globalização, e na saúde ocupacional em particular, não é, no entanto, positivo. A transferência de indústrias básicas e manufatureiras para países subdesenvolvidos e com baixa remuneração gerou muitos impactos positivos, mas ao mesmo tempo deixou para trás grandes problemas sociais e de emprego. Ainda assim, a maioria dos dois bilhões de trabalhadores do mundo em desenvolvimento, dos quais mais de 50% são informais, não se beneficiaram com a globalização. Em particular, populações agrícolas e rurais, agricultores familiares, pescadores e trabalhadores da silvicultura, trabalhadores domésticos e pequenas e microempresas nos países em desenvolvimento têm sido os maiores prejudicados pela globalização. Vários

grupos vulneráveis nos países industrializados e em desenvolvimento são também reconhecidos como vítimas potenciais.

Juan Somavia, ex-Diretor-Geral da OIT, afirmou, antes da 87ª Conferência Internacional do Trabalho, que a globalização trouxe prosperidade e desigualdades, que estão testando os limites da responsabilidade social coletiva. A Agenda de Trabalho Decente da OIT é uma resposta única em escala global aos desafios da globalização, emprego, políticas econômicas, de proteção social e diálogo social (ILO, 1999).

A pandemia da Covid-19 representa uma crise global nos campos da saúde e da economia que gera perdas de vidas e empregos. Conforme os países e organizações começam a reagir com estratégias de recuperação diante da surpresa inicial com o escopo e a profundidade da crise, surgem oportunidades de mudança. O Instituto McKinsey, que acompanha as tendências econômicas globais, sugere que a Covid-19 mudou a conversa sobre o futuro do trabalho (LUND, et al., 2020), acentuando a necessidade de uma perspectiva de longo prazo que não apenas reconstrua os modelos do passado, mas que desenvolva estratégias que criem resiliência para crises futuras. Há muito que ainda não se sabe sobre o mundo pós Covid-19, mas pode-se esperar mudanças em como, onde e até mesmo quando o trabalho é realizado (HITE, MCDONALD, 2020).

Esta revisão exploratória da literatura foi elaborada estudando a origem do conceito de Trabalho Decente em documentos da OIT selecionados e relevantes, relatórios de pesquisa e documentos relevantes da ONU. A seleção dos documentos foi feita pelos autores com acompanhamento de longa data das políticas de Trabalho Decente da OIT. Ainda, foi realizado um estudo com o intuito de compreender como a pandemia da Covid-19 impactou o mundo do trabalho, mostrando a sua influência na precarização do trabalho e do trabalho alienado.

Assim, o objetivo do presente artigo é compreender e analisar o trabalho decente no contexto da pandemia da Covid-19, bem como seus desdobramentos e consequências nos direitos dos trabalhadores. Especificamente, busca-se entender o conceito de trabalho decente; analisar o trabalho decente a partir da saúde dos trabalhadores e, por fim, verificar os desafios contemporâneos ao trabalho decente.

Para atingir os objetivos propostos, o trabalho foi dividido em três capítulos, estrategicamente estruturados para responder as questões de pesquisa

levantadas. O primeiro trata do trabalho decente enquanto categoria conceitual; o segundo trata do trabalho decente e da saúde dos trabalhadores e o terceiro, por fim, dedica-se à análise dos desafios futuros ao trabalho decente diante do trabalho alienado.

O CONCEITO DE TRABALHO DE DECENTE

Na década de 1980, o ritmo da globalização foi acelerado por várias mudanças geopolíticas, como a aberta abertura dos mercados globais, e pela implementação em larga escala de novas tecnologias de informação e comunicação. As condições de trabalho mudaram radicalmente, as estruturas empresariais foram reorganizadas (*downsizing, outsourcing, offshoring*) e os contratos de trabalho se fragmentaram, como por exemplo o trabalho precário, o contrato zero hora, a jornada longa e divergente, o trabalho temporário (RANTANEN, et al., 2020).

Em 1998, um ano antes de lançar a abordagem do Programa de Trabalho Decente nos Países (DWCP), a 86ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT) lançou a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, que deveria ser aplicada a todos os trabalhadores em todos os 187 Estados-Membros da OIT, independentemente do nível de desenvolvimento econômico e se os Estados-Membros ratificaram ou não as convenções fundamentais. A Declaração também cobriu grupos com necessidades especiais, incluindo desempregados e trabalhadores migrantes (ILO, 1998). Os direitos e princípios fundamentais universais declarados foram:

1. Liberdade de associação e direito à negociação coletiva;
2. Eliminação do trabalho forçado ou obrigatório;
3. Abolição do trabalho infantil;
4. Eliminação da discriminação no emprego e na ocupação.

Em resposta ao processo de globalização e seus desafios, a OIT desenvolveu a abordagem do Trabalho Decente para dar uma dimensão social à globalização e iniciar uma abordagem intensiva e orientada para o ser humano diante dos efeitos da globalizantes na vida profissional. Em fevereiro de 1999, o Secretário-Geral da ONU, Sr. Kofi Annan, ao apresentar o novo conceito da ONU do Pacto Global antes do Fórum Econômico Mundial, enfatizou a importância de valores e princípios compartilhados na gestão dos desafios da globalização,

afirmando que a menos que a globalização funcionasse para todos, não funcionaria para ninguém. O Sr. Kofi Annan, pediu políticas que dessem uma face humana ao mercado global e convidou os líderes empresariais a abraçar, apoiar e implementar um conjunto de valores essenciais nas áreas de direitos humanos, normas trabalhistas e práticas ambientais (UNITED NATIONS, 1999).

Em junho de 1999, o Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia, em seu Relatório à 87ª CIT, respondeu a este apelo apresentando um extenso documento sobre Trabalho Decente, sendo definido como trabalho produtivo para mulheres e homens em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Para Somavia, o objetivo não é apenas a criação de empregos, mas a criação de empregos de qualidade aceitável. A quantidade de empregos não pode ser dissociada de sua qualidade. Todas as sociedades têm uma noção de Trabalho Decente, mas a qualidade do emprego pode significar muitas coisas. Pode relacionar-se a diferentes formas de trabalho e também a diferentes condições de trabalho, bem como a sentimentos de valor e satisfação. A necessidade é difundir sistemas sociais e econômicos que garantam segurança básica e empregos, enquanto permanecem capazes de se adaptar às circunstâncias em acelerada transformação em um mercado global altamente competitivo (ILO, 1999).

Em 2008, a 97ª Sessão da CIT adotou a Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa, que é implementada no contexto da Agenda de Trabalho Decente e seus quatro pilares estratégicos: direitos no trabalho, criação de emprego e empresa desenvolvimento, proteção social e diálogo social (ILO, 2008).

Em 2015, a ONU lançou a Estratégia Global, transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que contém 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) com centenas de metas e ações voltadas para as pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria (UNITED NATIONS, 2015). A estratégia ODS contém vários objetivos, metas e ações relevantes para a saúde e segurança dos trabalhadores, em particular o ODS 1 sobre a eliminação da pobreza, o ODS 3 sobre a saúde e o ODS 8 sobre a promoção de uma economia inclusiva e sustentável crescimento, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos. A OIT foi nomeada guardiã de 13 indicadores ODS diferentes (ILO, 2016). A ONU, por meio dos ODS da Agenda 2030, reconhece o papel central do Trabalho Decente no aprimoramento da agenda global de desenvolvimento sustentável.

Diante de todas as estratégias e conferências realizadas pela OIT, verificou-se a dificuldade de incluir o trabalho decente na formatação da sociedade globalizada, considerando que, para sua implantação, por tratar-se de uma demanda global, os líderes políticos e a classe empresarial mundial deverão ser confrontados, posto que, o futuro deste conceito depende de como será enfrentado nos próximos anos (URIARTE, 2001, p. 9-26)

Para que o trabalho decente seja instituído e desenvolvido a favor da classe trabalhadora, é crucial a observância de quatro objetivos estratégicos: a) proteção do emprego, b) direitos fundamentais do trabalho, c) proteção social, d) diálogo social (LARES, 2016, p. 03). Nessa perspectiva, "a análise do trabalho decente constrói-se na definição oferecida pela OIT, por meio da análise particularizada de cada pilar, percebendo-os como caminho para a efetivação do trabalho decente" (BITTENCOURT, 2019, p. 73).

Romita (2015, p. 270), acrescenta que o trabalho decente deve refletir em uma das prioridades globais no que tange a agenda social, econômica e política do sistema nacional, como um instrumento de "globalização justa, atenuação da pobreza, segurança, inclusão social, dignidade e diversidade".

Apresentado o conceito e as dificuldades de imposição das características do trabalho decente, uma vez que para sua efetivação será necessário confrontar com o sistema político capitalista e o poder das corporações transnacionais, conclui-se que, no entendimento da OIT, "o trabalho decente é um trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho" (ALMEIDA, 2016, p. 133).

TRABALHO DECENTE E A SAÚDE DO TRABALHADORES

Um dos princípios fundamentais da Constituição da OIT é a proteção do trabalhador contra doenças, enfermidades e lesões decorrentes de seu emprego (ILO, 1919). Ao adotar a Declaração sobre o Justiça Social para uma Globalização Justa (ILO, 2008), a OIT institucionalizou o conceito de Trabalho Decente, que havia sido adotado anteriormente na 87ª Conferência da OIT (ILO, 1999) e reafirmou a Segurança e Saúde do Trabalhador (SST) como o princípio básico do Trabalho Decente. Tal disposição foi reforçada pela adoção da Declaração do

Centenário da OIT (ILO, 2019), confirmando a SST como um elemento fundamental do trabalho decente.

A finalidade visada pela OIT trata-se na busca pela promoção de oportunidades "para que homens e mulheres possam conseguir um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas (SOMAVIA, 1999). O trabalho decente que atinge condições de segurança reflete diretamente nas "aspirações do ser humano na sua vida profissional", posto que promove a segurança e estabilidade do trabalhador, para que consiga retirar de seus esforços o sustento e a manutenção de sua família (OIT, 2007, p. 02).

Globalmente, estima-se que doenças ocupacionais, lesões ocupacionais e doenças relacionadas ao trabalho causem 2,8 milhões de mortes por ano e mais de 300 milhões de casos com resultados não fatais que afetam a saúde e a capacidade de trabalho dos trabalhadores. Lesões ocupacionais levam a 380.500 mortes anualmente, enquanto a mortalidade por questões relacionadas ao trabalho é estimada em 2,41 milhões por ano (TAKALA, 2019). A maioria das estimativas ocorre nos países mais pobres e entre os trabalhadores mais pobres e vulneráveis. No processo de globalização, especialmente em economias emergentes e de rápido crescimento, os trabalhadores estão cada vez mais vulneráveis e não têm acesso a SST (RANTANEN, et al., 2017).

Ressalta-se o caso dos trabalhadores migrantes e refugiados e outros tipos de trabalhadores com vulnerabilidades e com capacidade parcial de trabalho que são recrutados para a força de trabalho informal. A informalidade dos trabalhadores é um dos grandes determinantes da ausência de saúde, segurança e direitos dos trabalhadores. Os trabalhadores informais trabalham em empregos de alto risco, estão expostos a um grande número de perigos químicos, físicos, biológicos e sociais e são os mais vulneráveis no caso de epidemias e pandemias (SARGEANT, 2009; ILO, 2018; TAKALA, 2020).

A saúde do trabalhador é um conceito mais amplo do que apenas a segurança ocupacional tradicional. Também engloba questões de prevenção de riscos à saúde e perigos no trabalho e no local de trabalho; a proteção dos trabalhadores contra fatores físicos, químicos, biológicos, ergonômicos, de segurança, psicológicos e sociais prejudiciais à saúde; a promoção da saúde e da capacidade para o trabalho dos trabalhadores; a prestação de serviços de saúde aos trabalhadores, principalmente em vista de doenças ocupacionais e relacionadas ao trabalho, casos graves de saúde, acidentes e emergências; e orientação para

trabalhadores em serviços de reabilitação e práticas de trabalho saudáveis e estilos de vida saudáveis. O quarto pilar da Agenda de Trabalho Decente aborda bem a segurança ocupacional, entretanto trata de forma menos eficaz a saúde do trabalhador (ILO, 1998). A importância do trabalho decente na saúde dos trabalhadores é primordial, considerando que "sem trabalho não há vida digna e saudável; e que, sem vida, não há como falar em dignidade da pessoa humana como condição necessária para o exercício da sua cidadania" (GUNTHER, 2015, p. 60)

As novas epidemias e pandemias infecciosas merecem mais atenção do que antes, o que precisa do fortalecimento dos serviços de saúde ocupacional (WHO, 2019). Com a pandemia do Covid-19, há uma tendência de aumento do número de trabalhadores que trabalhem remotamente, o que pode causar danos à saúde mental e física, principalmente pela não desconexão.

Entre essas doenças que podem acometer os trabalhadores neste período pandêmico, está a Síndrome de *Burnout*, devido aos seus efeitos originados pelo excesso de trabalho. *Burnout* é um transtorno psíquico de caráter depressivo, e os sintomas são similares aos do estresse, ansiedade e síndrome do pânico. A Síndrome de *Burnout*, também conhecida como síndrome do esgotamento profissional, é um distúrbio psíquico causados pelo estresse, desenvolvidas em decorrência do trabalho desgastante, "em outras palavras, a Síndrome de *Burnout* é causada por exaustão extrema (física ou mental) e estresse, e a principal causa da doença é o esgotamento profissional, ou seja, o excesso de trabalho" (RICHET, 2020).

De acordo com pesquisas realizadas pela Organização Mundial da Saúde – OMS, no Brasil, no ano de 2019, aproximadamente 20 mil empregados pediram afastamento de suas atividades em decorrência de doenças mentais ocasionadas pelo trabalho.

A pandemia agrava ainda mais essa situação, posto que tem sido muito prejudicial a toda sociedade e também aos trabalhadores, já que atingiu o cenário econômico das empresas. "O emocional das pessoas tem sido fortemente abalado pelo isolamento social, as incertezas do futuro, a pressão para alcançar resultados as dificuldades do trabalho remoto, entre outros pontos" (Presidente da Abresst).

As condições de trabalho que preservam a saúde do trabalhador, e principalmente a vida de cada um, deve ser considerada a principal questão dentro da relação capital-trabalho, uma vez que "de nada adianta ao trabalhador um

emprego, mesmo que com remuneração razoável, se sua saúde é comprometida" (BRITO FILHO, 2016, p. 52).

Neste cenário de pandemia que assola todo o globo, desponta, ainda mais, o exercício da liberdade dos trabalhadores, na medida em que, em diversas circunstâncias, são submetidos a condições desumanas de trabalho, sem que possam manifestar suas opiniões. A pandemia causada pela Covid-19, mascara uma "escravidão contemporânea" que se manifesta de diversas formas, configurando um impedimento aos direitos fundamentais e promoção do em estar do trabalhador (GUNTHER, 2015, p. 9-42)

Diante de todo este histórico relacionado a doenças ocupacionais ocasionadas em virtude de um trabalho forçado, faz-se necessária a observação do pilar da promoção do emprego de qualidade, isto é, "não basta ter um trabalho ou emprego, mas este deveria ser de qualidade, um trabalho decente" (BITTENCOURT, 2019, p. 95). Acrescenta, Gunther que "o ambiente de trabalho deve ser propício para que o trabalhador consiga desenvolver-se na qualidade de profissional e desenvolver também suas habilidades criativas" (GUNTHER, p. 9-42)

O dever das empresas de garantir condições de trabalho que preservem a saúde do trabalhador configura um direito humano e fundamental, na medida em que o empregador deve responder pelos riscos da atividade, devendo proporcionar a "preservação do meio ambiente em condições insalubres e segurança, pois a qualidade de vida é o ponto de partida para qualquer forma de relacionamento ou atividade" (BRITO FILHO, 2016, p. 52).

Para que os princípios basilares do trabalho decente sejam observados, os Estados-membros devem adotar as orientações dispostas nas convenções da OIT, uma vez que o desenvolvimento econômico das empresas não pode colocar em risco a saúde de seus colaboradores, pelo contrário, devem garantir a sua efetiva proteção, sendo indispensável assegurar a saúde e o bem estar dos empregados para atingir o bem-estar social.

O TRABALHO DECENTE E OS DESAFIOS FUTUROS

O processo de globalização se efetivou ao longo dos séculos, mas durante os últimos trinta anos se desenvolveu e modificou a vida profissional de forma mais intensa e rápida do que nunca antes visto (RANTANEN, et al., 2020).

A globalização expõe todos os países a desafios e mudanças. As estruturas de produção serão radicalmente modificadas, alguns ramos da economia desaparecerão e novos aparecerão. Haverá mudanças nas estruturas empresariais, seus métodos de produção, práticas de trabalho e ambientes de trabalho. As empresas precisarão se ajustar a várias novas tendências, novas organizações de trabalho, sistemas de gestão, contratos de trabalho, jornada de trabalho (ILO, 2019). Antunes acrescenta que com os impactos da globalização, e a ideologia de um capitalismo maquínico se consolidava, "movida quase que exclusivamente pela parte técnica, pelo mundo maquínico-informacional-digital, a classe trabalhadora estaria em fase terminal" (ANTUNES, 2018, p. 27)

O quadro torna-se ainda mais tênue quando os Estados-membros, embora se preocupem a questão da saúde do trabalhador, "adotam uma visão muito mais adequada à atuação do capital, criando medidas que favorecem a atividade produtiva com fins simplesmente econômicos, e não sociais" (BRITO FILHO, 2016, p. 51).

Com a ajuda de novas tecnologias de informação e comunicação, as interações internacionais estão sendo facilitadas por meio de conectividade e comunicação globais cada vez maiores, incluindo mídia social. Muitos outros avanços tecnológicos, a introdução de novas substâncias e materiais, incluindo nanotecnologias e novas tecnologias eletrônicas, digitalização, automação e robotização em particular, e o uso de inteligência artificial e big data estão se tornando efetivamente distribuídos em todo o mundo global do trabalho. Estima-se que a automação e a robotização eliminem de 30 a 50% dos empregos atuais, mas novos empregos também estão sendo gerados com diferentes demandas de habilidades. Anteriormente, apenas a força humana física e manual foi substituída pela automação, mas a nova tendência também está substituindo parcialmente a inteligência humana pela inteligência artificial: por exemplo, reconhecimento de fala, solução de problemas, aprendizado e planejamento. A divisão nacional e internacional do trabalho mudou devido à transferência de tecnologia e à terceirização, *downsizing* e *offshoring* de indústrias e serviços. Multinacionais gigantes globais dominarão as atividades econômicas, excedendo a influência dos governos nacionais. Mudanças na produção e nos mercados de consumo levarão a uma nova divisão do trabalho; alguns países podem se tornar principalmente produtores de materiais e produtores de bens, outros revendedores apenas de produtos e outros apenas consumidores sem produção em grande escala. Isso pode fazer com que as estruturas ocupacionais se tornem unilaterais e ainda mais vulneráveis às mudanças

nos mercados globais. Os mercados nacionais serão transformados principalmente em mercados globais (RANTANEN, et al., 2020).

Em contrapartida, diante deste paradigma social, "o mundo capital vem assistindo a uma forte ampliação de seus mecanismos de funcionamento, incorporando novas formas de geração de trabalho excedente, ao mesmo tempo expulsa da produção um conjunto significativo de trabalhadores" (ANTUNES, 2018, p. 30-31), que na maioria das vezes não encontram mais emprego em seus países, sendo necessário imigrar para países vizinhos para trabalharem em corporações transnacionais, recebendo o equivalente a um salário mínimo. Por conta disso, Antunes expõe que "com salários menores, jornadas de trabalho prolongadas, vicissitudes cotidianas que decorrem da burla legislação social protetora do trabalho, a terceirização assume cada vez mais relevo" (2018, p. 32).

Para Patrícia Maeda, a terceirização representa uma dupla exploração ao trabalhador, uma vez que "não só opera com o trabalho na forma-mercadoria, mas também com o próprio trabalhador, que se torna um semovente. Daí a humilhação da pessoa humana ser intrínseca à terceirização, que a trata como um objeto" (2017, p. 110-111).

Por conta disso, acarretou na diminuição da classe operária industrial tradicional, ocasionando em uma "subproletarização intensificada, presente na expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontratado, terceirizado, que marca a sociedade dual no capitalismo avançado" (ANTUNES, 2015, p. 61).

Com a aceleração do processo de precarização do trabalho, tornando a força de trabalho cada vez mais vulnerável, acarretou no maior resultado dessas transformações "a expansão, sem precedentes na era moderna, do desemprego estrutural, que atinge o mundo em escala global" (ANTUNES, 2015, p. 61)

Os ODS, particularmente o ODS 8, Trabalho Decente para Todos, constituem uma resposta global aos desafios da globalização por todos os setores da sociedade e todas as regiões do mundo (UNITED NATIONS, 2015). A Garantia Global proposta pela Comissão Global da OIT em 2019 continua a humanizar o desenvolvimento da vida profissional quando afirma que todos os trabalhadores, independentemente de seu arranjo contratual ou situação de emprego, devem gozar dos direitos fundamentais, um salário adequado para viver, limites máximos de jornada de trabalho e proteção da segurança e saúde no trabalho. Acordos coletivos, leis e regulamentos podem aumentar esse piso de proteção. Esta proposta permite também que a segurança e saúde sejam

reconhecidas como um princípio e direito fundamental no trabalho (ILO, 2019a; ILO, 2019b).

Atualmente, meios de tecnologia de informação e comunicação configuram-se como elementos centrais entre os diferentes mecanismos de acumulação criados pelo capitalismo, na medida em que "ao contrário do que ditava a equivocada 'previsão' do fim do trabalho, da classe trabalhadora e da vigência da teoria do valor, o que temos, de fato, é uma ampliação do trabalho precário" (ANTUNES, 2020, p. 13).

Em virtude destes reflexos capitais globais, importa destacar cada vez mais a importância e relevância da busca para encontrar a "fórmula" do trabalho decente, posto que se entende como aquele que visa respeitar a dignidade do trabalhador; assegurar a liberdade da contratação e da execução do trabalho; garantir o a igualdade de tratamento entre os trabalhadores, independentemente de sua etnia, opção sexual, classe social, etc.; investir em meios de segurança e saúde aos trabalhadores; remuneração justa ao trabalho realizado, desde que a atividade seja lícita; e garantir uma aposentadoria digna para cada obreiro (AZEVEDO NETO, p. 118, 2015).

De acordo com esses elementos, a fórmula buscada para Platon Teixeira de Azevedo Neto é a seguinte: "Trabalho decente = dignidade + liberdade + igualdade + saúde + segurança + remuneração justa + atividade lícita + equidade + lazer + aposentadoria digna + liberdade sindical – trabalho infantil" (2015, p. 119).

Luiz Antônio da Silva Bittencourt acredita que para a realização do trabalho decente no Brasil, é necessária abordar um processo de discussão e implantação da Agenda Nacional de Trabalho Decente, tendo como prioridades: a) geração de emprego de qualidade e em igualdade de oportunidades; b) erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil; c) fortalecimento do diálogo social e tripartite como instrumento de governabilidade democrática (BITTENCOURT, 2019).

Ocorre que, para alcançarmos tal fórmula, a realidade global capital deve ser revista, considerando que a falta contínua de "oportunidades de trabalho decente, o investimento insuficiente e um nível excessivamente baixo de consumo levam à erosão do contrato social básico em que a sociedade democrática se baseia, ou seja, que todos devem participar do progresso" (SOMAVIA, 2006, p. 04)

Por fim, a importância dos pilares e dos objetivos estratégicos do trabalho decente, devem ser observadas e incrementadas por todos os países, para que possam garantir aos trabalhadores condições de liberdade, igualdade, equidade e segurança, visando alcançar o bem estar social.

CONCLUSÃO

A partir da realização do presente estudo, foi possível verificar que o trabalho decente constitui um objetivo global, e a ideia criada pela OIT busca assegurar um trabalho de qualidade, em condições de liberdade, igualdade e segurança.

No campo da segurança no trabalho, encontra-se o elemento da saúde. Nas relações de trabalho, muito antes da pandemia iniciar, já existia uma grande preocupação com os números de acidentes de trabalho ocorridos anualmente no Brasil, assim como com os níveis de doenças ocupacionais. Entretanto, a pandemia da Covid-19 e todas as modificações ocorridas no último ano reconfigurou de forma significativa muitas condições de trabalho. A prestação de serviços que antes era no ambiente laboral e exigia a presença física do empregado no local de trabalho se transformou em *home office*. O trabalho digital, também conhecido como teletrabalho, se tornou praticamente uma regra, principalmente quando medidas sanitárias de isolamento social foram tomadas, a exemplo do fechamento do comércio e da paralização de muitas atividades de diversos setores.

Contudo, nem todas as atividades se adaptaram tão bem ao teletrabalho, de modo que a obrigatoriedade de manter os empregados no âmbito de sua própria residência para trabalharem vem gerando efeitos negativos à saúde dos trabalhadores. Isso porque, a tecnologia no trabalho, especialmente nas atividades controladas e exercidas por intermédio de dispositivos móveis faz com que o ser humano permaneça sempre com um vínculo de conectividade.

Verifica-se assim que o atual cenário pode ser consideravelmente prejudicial à saúde do trabalhador, porque a rotina acaba gerando ansiedade, irritabilidade, depressão, pânico e outras situações que podem desencadear doenças psicológicas mais graves. Essa realidade revela a real (e urgente) necessidade do indivíduo de se desconectar digitalmente, de abandonar a falsa ideia de liberdade que acredita ter, separando a vida laboral da vida pessoal, otimizando tempo de trabalho e cuidado próprio – seja ele exterior ou interior -, desvinculando-se do mundo da virtualidade.

REFEFÊNCIAS

ALMDEIRA, Wânia Guimarães Rabêllo. O direito ao trabalho decente: conteúdo e tutela jurisdictional perante o sistema interamericado de direitos humanos. IN: TEODORO, Maria Cecília Máximo (Coord.). **III Congresso latino-americano de direito material e processual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão:** o novo proletariado de serviços na era digital. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?:** ensaio sobre as metamorphoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

_____, Ricardo. Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da indústria 4.0. IN: ANTUNES, Ricardo (org.) **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. Tradução Murillo van der Laan, Marco Gonsales. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente:** como um direito humano. São Paulo: LTr, 2015.

BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva. **O trabalho decente para a OIT e sua realização no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente:** análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GUNTHER, Luiz Eduardo. O trabalho decente como paradigma da humanidade no século XXI. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciário,** n. 310, v. 25, p. 4-42, abr. 2015.

HITE, Linda M.; MCDONALD, Kimberly S. Careers after COVID-19: challenges and changes. **Human Resource Development International**, [S.L.], v. 23, n. 4, p. 427-437, 13 jul. 2020. Informa UK Limited. http://dx.doi.org/10.1080/13678868.2020.1779576.

ILO - Internacional Labour Organization. **Decent Work Indicators in the SDGs Global Indicator Framework**. 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/presentation/wcms_493329.pdf. Acesso em: 11 dez. 2020.

ILO - Internacional Labour Organization. **Director-General's announcement**: ILO declaration on social justice for a fair globalization. ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. 2008. Disponível em:

https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2008/108B09_147_engl.pdf. Acesso em: 11 dez. 2020.

ILO - Internacional Labour Organization. **ILO Centenary Declaration for the Future of Work**. Geneva, 2019a. 108th (Centenary) Session of the International Labour Conference. Disponível em: https://www.ilo.org/tokyo/WCMS_711674/lang--en/index.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

ILO - Internacional Labour Organization. **ILO Constitution**. GENEVA, 1919. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1. Acesso em: 11 dez. 2020.

ILO - Internacional Labour Organization. **Women and men in the informal economy**: a statistical picture. A statistical picture. Geneva, 2018. International Labour Office. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_626831.pdf. Acesso em: 11 dez. 2020.

ILO - Internacional Labour Organization. **Work for a brighter future**. 2019b. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

ILO - International Labour Organization. International Labour Office. **Decent Work**: international labour conference 87th session 1999. Geneva, 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09605/09605(1999-87).pdf. Acesso em: 08 dez. 2020.

ILO - International Labour Organization. International Labour Office. **ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up**. Geneva, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716594.pdf Acesso em: 08 dez. 2020.

LARES, Francisco Lozano. La eficácia jurídica del concepto de trabajo decente. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, n. 4, v. 4, p. 1-36, out./dez. 2016.

LUND, Susan; ELLINGRUD, Kweilin; HANCOCK, Bryan; MANYIKA, James. **COVID-19 and jobs**: monitoring the us impact on people and places. monitoring the US impact on people and places. 2020. McKinsey Global Institute. Disponível em:

https://www.mckinsey.com/industries/public-and-social-sector/our-insights/covid-19-and-jobs-monitoring-the-us-impact-on-people-and-places. Acesso em: 26 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho digno para uma globalização justa.** Lisboa, 2007.

MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos:** trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr, 2017.

RANTANEN, Jorma; LEHTINEN, Suvi; VALENTI, Antonio; IAVICOLI, Sergio. A global survey on occupational health services in selected international commission on occupational health (ICOH) member countries. **Bmc Public Health**, [S.L.], v. 17, n. 1, p. 1-15, 5 out. 2017. Springer Science and Business Media LLC. http://dx.doi.org/10.1186/s12889-017-4800-z.

RANTANEN, Jorma; MUCHIRI, Franklin; LEHTINEN, Suvi. Decent Work, ILO's Response to the Globalization of Working Life: basic concepts and global implementation with special reference to occupational health. **International Journal Of Environmental Research And Public Health**, [S.L.], v. 17, n. 10, p. 3351-3378, 12 maio 2020. MDPI AG. http://dx.doi.org/10.3390/ijerph17103351.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2015.

RICHET, Medicina & Diagnóstico. **Síndrome de burnout:** causas, sintomas e prevenção. Disponível em: https://www.richet.com.br/clientes/novidades/sindrome-de-burnout-causas-sintomas-e-prevencao/. Acesso em: 11 jan. 2021.

SARGEANT, Malcolm. Health and safety of vulnerable workers in a changing world of work. **Associazion e Per Gli Studi Internazionali e Comparati Sul Diritto del Lavoro e Sulle Relazioni Industriai**: In collaborazione con il Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi, Modena, v. 1609, n. 101, p. 1-8, nov. 2009.

SOMAVIA, Juan. **Trabajo decente.** Memória da 87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT. 1999. Disponível em: http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm Acesso em: 10 jan. 2021.

_____, Juan. Prestacion. IN: TRABAJO, Oficinal Internacional del. **Formación para el trabajo decente.** Montevideo: Cinterfor, 2001.

TAKALA, Jukka. Burden of Injury due to Occupational Exposures. **Handbook Of Disability, Work And Health**, [S.L.], p. 1-22, 2019. Springer

International Publishing. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-75381-2_5-1.

UNITED NATIONS. **Secretary-General proposes global compact on human rights, labour, environment, in address to world economic forum in Davos**. 1999. Disponível em: https://www.un.org/press/en/1999/19990201.sgsm6881.html. Acesso em: 11 dez. 2020.

UNITED NATIONS. **Transforming our world**: the 2030 Agenda for sustainable development. The 2030 Agenda for Sustainable Development. 2015. Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld. Acesso em: 11 dez. 2020.

URIATE, Oscar Ermida. Trabajo decente y formación profissional. **Boletin Cinterfor**, Montevideo, n. 151, p. 9-26, 2001.

WHO - World Health Organization. **Preparation for the high-level meeting of the United Nations General Assembly on universal health coverage**. 2019. SEVENTY-SECOND WORLD HEALTH ASSEMBLY. Disponível em: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_R4-en.pdf. Acesso em: 11 dez. 2020.

INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: diálogos entre a União Europeia e a América Latina

Gabriel Pires de Moraes Conceição
Universidade Candido Mendes, Bacharel em Direito, Maricá, Rio de Janeiro, Brasil
gabrielmoraes1@hotmail.com

Simone Cortes Belfort
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda do Programa de Pós-Graduação de Sociologia e Direito PPGSD, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil
simonebelfort@globo.com

Resumo: O objetivo desse artigo é trazer e analisar um estudo comparativo entre a União Européia e países da América Latina, como o Brasil, Argentina, Chile e Uruguai, no contexto histórico das pessoas com deficiência, bem como as diferentes ações afirmativas nesses países com impacto nas relações internacionais do trabalho para uma efetiva inclusão e a fiscalização de suas legislações inclusivas pelos atores sociais, como o Estado, a sociedade e o Ministério Público para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A partir da revisão bibliográfica, realizada em textos acadêmicos que abordam a temática pesquisada, foi utilizado o método de pesquisa descritivo para analisar o panorama histórico da inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, bem como das políticas públicas que impactam nas relações trabalhistas internacionais na inclusão no mercado de trabalho de forma efetiva e a fiscalização da legislação. O artigo divide-se em três partes, sendo a primeira sobre a evolução histórica da inclusão e as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência na sociedade, a segunda destacará sobre as diferentes ações afirmativas impactando nas relações internacionais trabalhistas para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado laboral e, por fim,.a terceira destacará um estudo comparativo entre a União Européia e países da América Latina como Brasil, Argentina, Chile e Uruguai na fiscalização da lei pelos Estados, sociedade e Ministério Público nesses países na inclusão das pessoas no mercado laboral. Com isso, conclui-se que este artigo destaca que a legislação deve ser encarada como um meio de inclusão social, entre vários deles para atingir a igualdade entre todos.

Palavras-chave: União Européia e América Latina; inclusão social; ações afirmativas efetivas; política de austeridade.

Abstract: The objective of this article is to bring and analyze a comparative study between the European Union and Latin American countries, such as Brazil, Argentina, Chile and Uruguay, in the historical context of people with

disabilities, as well as the different affirmative actions in these countries with an impact on international labor relations for effective inclusion and the monitoring of its inclusive legislation by social actors, such as the State, society and the Public Ministry for the inclusion of people with disabilities in the labor market. From the bibliographic review, carried out in academic texts that address the researched theme, the descriptive research method was used to analyze the historical panorama of the inclusion of people with disabilities in society, as well as public policies that impact on international labor relations in inclusion the labor market effectively and the enforcement of legislation. The article is divided into three parts, the first on the historical evolution of inclusion and the difficulties faced by people with disabilities in society, the second will highlight the different affirmative actions impacting international labor relations for the inclusion of people with disabilities in the labor market and, finally, the third will highlight a comparative study between the European Union and Latin American countries such as Brazil, Argentina, Chile and Uruguay in the enforcement of the law by the States, society and the Public Ministry in these countries in the inclusion of people in the labor market. Thus, it is concluded that this article highlights that legislation should be seen as a means of social inclusion, among several of them to achieve equality among all.

Key-Words: European Union and Latin America; social inclusion; effective affirmative action; austerity policy.

INTRODUÇÃO

Dentro de uma sociedade de tantas dificuldades, a pessoa com deficiência tem vários caminhos a serem enfrentados para sua inclusão na sociedade e para ter a sua efetiva inclusão conquistada. Não é sem razão que estas passaram pela exclusão social e diversos preconceitos apenas por conta das suas condições sejam no meio social ou no mercado de trabalho. As pessoas com deficiência, infelizmente, foram colocadas a margem da sociedade, sendo, muitas das vezes, consideradas menos do que seres humanos pelo meio social, as quais deveriam ser inclusive eliminadas desse meio social, muito por conta da condição delas. Mas, ainda assim, havia populações em que o tratamento era mais amistoso e as consideraram não como "seres inferiores", e sim como pessoas especiais que poderiam trazer um bem para aquela sociedade.

Não é sem razão que a luta pela inclusão social não é uma tarefa facial para as pessoas com deficiência, que ainda sofrem para serem definitivamente incluídas na sociedade. Nesse sentido, o trabalho é uma das portas de entrada para a inclusão social, porque é por meio dela que a pessoa se sente pertencente

a um grupo, valorizada como um indivíduo. Deve se colocar o princípio da dignidade da pessoa humana como cerne da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, que ainda precisam enfrentar o preconceito existente contra as pessoas com deficiência, já que as empresas ainda as consideram não como investimento, mas como um custo, devido ao fato da condição que se encontram necessitar que a empresa se adéque e que tais mudanças possam causar mudanças maiores.

O percurso metodológico a ser utilizado foi a revisão bibliográfica, através da análise de textos acadêmicos em artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, bem como em textos em sites de pesquisa sobre o tema relacionado às pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Se utilizou o método de pesquisa descritivo para análise de teses, no intuito de esmiuçar pontos importantes para a melhor inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e, principalmente no mercado de trabalho de forma a demonstrar a importância do tratamento igualitário podendo auxiliar a todos na melhor a aceitação para com o diferente e que este deve ser valorizado e analisado não pela sua condição como pessoa com deficiência, mas pelo exercício do seu trabalho que possa contribuir para o desempenho no trabalho de modo geral.

Com isso, cabe destacar que esse trabalho tem como objetivo destacar-se, em três partes, sendo que o primeiro deles fará uma revisitação de conceitos no que tange a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e, principalmente, no mercado de trabalho, demonstrando, por meio de uma análise de conceitos, as dificuldades enfrentadas por estas e os diversos caminhos que tiveram que ser ultrapassados para serem incluídas como seres plenos de direito na sociedade.

Não é sem razão que este artigo também destacará as diversas provações que as pessoas com deficiência precisavam ultrapassar para serem efetivamente incluídas na sociedade, bem como de momentos de exclusão social sofrida ao longo do tempo, muito por conta do olhar social devido a sua condição, que os observar com desprezo e, por muitas vezes, não sendo considerados como indivíduos, bem como as formas como eram e ainda são vistas pela sociedade, desde os tempos que se remetem a Grécia Antiga até os dias atuais.

Na segunda parte desse artigo destacará como a real importância das ações afirmativas de cunho inclusivo, que neste trabalho tem o sentido do combate ao preconceito enraizado no meio social com as pessoas com

deficiência no mercado de trabalho, bem como no meio jurídico, por serem consideradas como incapazes de realizarem tarefas simples no trabalho, considerando o desconhecimento da sociedade para lidar com deficiência de modo natural, sem terem um olhar preconceituoso, bem como o atendimento de serviços públicos de assistência social fornecido as pessoas com deficiência com o intuito de proporcionarem a este maior conforto e segurança para realizarem suas atividades de modo autônomo, sem a dependência de ninguém,

Tais serviços estariam configurados, por exemplo, pela construção de rampas de acesso para facilitar o deslocamento de pessoas que possuem algum tipo de dificuldade de locomoção para irem de sua residência para o trabalho, ou vice versa ou até mesmo para adentrarem nos edifícios e logradouros com facilidade, o fornecimento de aparelhos auditivos para deficientes auditivos, linguagens de sinais para pessoas que possam algum nível de surdez, com o intuito de facilitar a comunicação destas com todos os funcionários da empresa. Nesse sentido, caberá analisar os impactos das ações afirmativas positivas nas relações internacionais do trabalho, que se constituem por meio de Convenções e Recomendações da OIT, Tratados Internacionais, Convenções da ONU, com o intuito de ampliar cada vez mais a quebra da barreira social contra o preconceito com as pessoas com deficiência, com a construção de uma visão amplificada da inclusão social e do tratamento igualitário entre todos, sem qualquer tipo de distinção entre os indivíduos.

Por esse motivo, este artigo tem como principais justificativas da sua concepção demonstram que não é só a legislação que tem um papel importante para a inclusão social, como também é por meio da concepção de políticas públicas de adaptação dos locais de trabalho, dos meios de transporte para que as pessoas com deficiência possam realizar as atividades por conta própria, não só no meio social, mas também no trabalho, sendo este considerado como direito de segunda geração, estando intimamente ligado com os direitos sociais, como instrumento de valorização de cada ser humano, que é por meio do trabalho que se sente pertencente à sociedade e com o sentimento de aceitação com esta, principalmente quando se trata das pessoas com deficiência no mercado de trabalho que, ao longo dos anos, sofreram e ainda sofrem para serem aceitos como iguais, sem qualquer tipo de distinção.

Com isso, é necessário observar as pessoas com deficiência não como um custo para a empresa que considera cada condição dos deficientes como um prejuízo para a construção de formas de adaptação, mas sim como um

investimento, devendo estas serem enxergadas pelo seu desempenho em seus trabalhos, como todos os outros funcionários que realizam suas tarefas.

A terceira e última parte deste artigo fará uma análise com relação a um estudo comparativo que envolve a União Europeia com países como Brasil, Uruguai, Argentina e Chile, no que tange aos desafios enfrentados para uma atuação cada vez mais efetiva na fiscalização da legislação inclusiva voltada a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nesses países citados acima, por meio da atuação de diferentes atores sociais como a sociedade, o Estado e o Ministério Público.

Com relação à sociedade, a discussão e os desafios se darão na ideia de que deverá esta agir através de discussões em audiências públicas, em eventos como Congressos, Workshops, Seminários, Palestras, ambas dentro do meio acadêmico, com o intuito de definir as diretrizes a serem tomadas para a inclusão social das pessoas com deficiência, principalmente no trabalho.

Outro ator social de extrema importância no segundo item deste artigo é o Estado, ou seja, a figura do poder público, a qual deverá agir escutando as diversas discussões e eventos promovidos pela sociedade e debatendo com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não só a efetividade da legislação vigente como o próprio Estatuto das Pessoas com Deficiência, mas também de novas leis que propiciem a inclusão das pessoas com deficiência não só na sociedade como também no mercado de trabalho.

Por fim, é importante destacar o papel do Ministério Público no Brasil, destacando a sua participação quando houver alguma infração a legislação e as punições que devem ser providenciadas a aqueles que não respeitam a lei de inclusão social dos deficientes, já que devemos considerar que todos devem ser tratados como iguais em igualdade de condições, não podendo considerar distinções para contração de pessoas com deficiência ou sem deficiência, uma vez que tal ato configura descriminação para com outro, devendo ser punidos pelos seus atos discriminatórios, quando da infração da lei, bem como os meios de fiscalização na União Europeia e nos países da América Latina como Brasil, Uruguai, Argentina e Chile para a promoção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho que mesmo nos dias atuais ainda não está efetivamente consolidado, necessitando da autuação de todos os órgãos para uma efetiva inclusão mais igualitária e justa a todos.

1. Restabelecimento de conceitos sobre a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade

As dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência para sua efetiva inclusão são imensas, uma vez que precisaram passar por diversos percalços na vida para serem efetivamente incluídas na sociedade. Tais dificuldades são atreladas a momentos em que foram reconhecidos socialmente como indivíduos plenos de direito, mas também a serem excluídos do seio social, já que eram vistas como "seres inferiores" por parte da sociedade, as quais consideravam que deveriam ser eliminadas, pelo fato da deficiência "ter um caráter de penalidade que os deuses impunham a essas pessoas" (LORENTZ, 2016, p.99). Nesse sentido, ao se dividir a inclusão das pessoas com deficiência em eras, tem-se um breve panorama da inserção na Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e a Idade Contemporânea ou Atual, as quais se delineiam as dificuldades enfrentadas e o olhar da sociedade para a efetiva inclusão social.

Em um primeiro momento, ao delinear o marco da Idade Antiga, cabe destacar a forma como eram tratadas as pessoas com deficiência nessa era, a qual se desenhava entre serem valorizadas ou totalmente excluídas. Conforme aduz Gisele Martins Onofre, "a boa capacidade física era fator primordial para a manutenção da vida" (GENOFRE, 2013, p.14). Ou seja, para que a população pudesse se desenvolver era necessário que os indivíduos tivessem condições ficas para enfrentar as dificuldades da época, ou seja, sem deficiência.

Deve se destacar, porém, que cada sociedade enxergava as pessoas com deficiência de uma maneira diversa. Ou seja, as pessoas com deficiência ou eram tratadas com respeito e humanidade ou eram totalmente renegadas dela. Na França, por exemplo, paleontólogos descobriram um esqueleto pertencente a um homem Neandertal, que possuía artrite deformante, cabendo destacar que naquela comunidade, recebia a ajuda necessária para a sua limitação (NEVES, 2013, p.31).

Outro ponto importante encontra-se em duas tribos distintas elencadas por Otto Marques da Silva, citado por Gisele Accarino Martins Genofre com relação a um tratamento de aceitação das pessoas com deficiência, sendo a primeira deles a tribo Semang, em que as pessoas com dificuldade de locomoção ou de pessoas que não consigam enxergar, as quais são chamadas para conceder conselhos ou decidir algum tipo de disputa, bem como a tribo Ashanti, a qual está situada no oeste da África, em que crianças com deficiências físicas eram

escolhidos pelo rei para realizarem missões perigosas, na participação de guerras contra tribos rivais (SILVA, 1987, p.40-41 *apud* GENOFRE, 2013. p.15).

Mas dentro dessa era podemos considerar também a exclusão social, bem como o olhar distante para com as pessoas com deficiência. Conforme aduz Maria Aparecida Gugel, citada por Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araujo e Fernando Basto Ferraz na Grécia Antiga, por exemplo, havia a ideia de que as crianças que nasciam com algum tipo de enfermidade eram consideradas impuras e, considerando o pensamento de Platão e Aristóteles, essas crianças deveriam ser eliminadas do seio social, ou por abandono dos pais ou jogadas na montanha Tygetos localizada na Grécia, uma vez que as pessoas com deficiência eram consideradas como defeitos divinos (GUGEL, 2007, p.47 *apud* ARAUJO; FERRAZ, 2010, p.8843).

No início da Idade Média, as pessoas com deficiência eram menosprezadas, uma vez que se imaginava que "detinham poderes especiais associados a demônios, bruxarias e divindades malignas" (LARAIA, 2009, p.25), o que fazia com que a inclusão social fosse cada vez mais distante, muito por conta do olhar preconceituoso por não entendimento da sociedade com relação à deficiência de modo claro e informativo. Não é sem razão que essa falta de melhor conhecimento para com as pessoas com deficiência, e pelo crescimento cada vez mais crescente de grandes cidades e de diversas doenças surgindo, os males que surgiram e como era tratado, o que fazia com as crianças sobreviventes, as quais eram mortas por possuírem algum membro disforme no corpo, eram menosprezadas pela sociedade. (PEREIRA; SARAIVA, 2017, p.173)

É importante destacar que nesse período, considerando uma ideia de perfeição do ser humano para com Deus, as pessoas com deficiência eram consideradas como pessoas que não se adequavam aos desígnios com a imagem de Deus, segundo a igreja, o que fazia com o que as pessoas com deficiência fossem excluídas do seio social (LEMOS, 2017, p.155).

O olhar para as pessoas com deficiência passa por uma modificação ainda na Idade Média, com o início do cristianismo, uma vez passam a serem considerados como pertencentes à sociedade, deixando de serem castigados por quem são, ou seja, pela sua deficiência. Conforme elucidado por Jaqueline de Andrade Pereira e Joseana Maria Saraiva, o tratamento se tornou mais pacífico, dizendo que:

> Com o advento do Cristianismo, isso mudou e a pessoa com deficiência passou a ser vista como criatura de Deus, possuidora de alma e não merecedora de castigo, mas de cuidados. Atitudes de extermínio não são mais aceitáveis e os cuidados com a pessoa com deficiência passam a ser assegurados pela família e a igreja, mesmo que tais cuidados não garantam a integração do deficiente na sociedade de outra forma geral. (PEREIRA; SARAIVA, 2017, p.172)

Isto é, com a ideia referente à caridade permeada pelo sentimento de ajuda a cada indivíduo, independentemente da deficiência ou não dos indivíduos, deve ser considerado que todos são seres pertencentes aos desígnios de Deus, devendo ser tratados com igualdade de condições. Contudo, tal entendimento ainda assim não prevalecia a igualdade plena, uma vez que a deficiência era tratada como uma doença a qual deveria ser tratada pela medicina como uma pessoa que deveria ser "curada" para poder ser efetivamente incluída na sociedade.

A Idade Moderna mostra-se como um novo caminho e desenvolvimento da medicina, bem como com a construção de hospitais, asilos e abrigos, para o devido atendimento das pessoas com algum tipo de dificuldade, principalmente com relação às pessoas com deficiência. Como exemplo a ser elucidado tem-se a França em que foram criados hospitais e abrigos para o recebimento das pessoas com deficiência, com o intuito de abrigá-las, fornecendo-lhes alimentação assistência médica para que pudessem se sentir acolhido (LARAIA, 2009, p.27).

Cabe destacar também que, segundo elucida Rubens Vatecides Alves, citado por GENOFRE nesse momento houve a criação de diversos inventos como cadeira de rodas, a utilização bengalas, muletas (ALVES, 1992, p.26 *apud* GENOFRE, 2013, p.19), bem como a criação da leitura em Braille, de acordo com que dispõe Cibelle Linero Goldfarb, também citado por GENOFRE, permitindo a leitura aos deficientes visuais (GOLDFARB, 2008, p.27 *apud* GENOFRE, 2013, p.20).

A Idade Contemporânea inicia durante a Revolução Francesa que, com o protesto da insurgência contra o Antigo Regime, consagraram-se as liberdades individuais como construção de uma proteção contra a atuação autoritária do Estado, tendo, por conseqüência, a ideia de uma igualdade formal, em que a lei deveria ser igual a todos os indivíduos, mas que ainda não refletia os problemas sociais, mas tão somente a lei (RESENDE, 2016, p.22).

No século XIX se consolidou com o advento do capitalismo, consubstanciada com a exploração maciça da mão de obra de forma desleal na Revolução Industrial que "tornaram claro que os direitos fundamentais não podiam continuar a ser encarados como direitos de defesa contra o Estado e que tinham também de ter eficácia no domínio do direito privado" (NEVES, 2013, p.35-36). Karl Marx, citado por Diego Nassif da Silva, aduz em suas palavras a seguinte ideia: "a máquina [ou, melhor o modo de produção capitalista] não liberta o trabalhador de seu trabalho, mas seu trabalho de seu conteúdo." (MARX, 1974, p.594 *apud* SPURK, *op. cit*., p.205 *apud* SILVA, 2013, p.93)

Isto é,era necessário que o direito a dignidade da pessoa humana fosse ainda mais valorizado, considerando não mais uma igualdade voltada para lei, mas sim uma igualdade que valorizasse o ser humano, por meio de políticas públicas de assistência social, como forma de melhorar a vida daqueles que tem mais dificuldade de se colocarem no meio social, principalmente as pessoas com deficiência.

Foi com o advento da Segunda Guerra, decorrente das diversas atrocidades ocorridas por Adolf Hitler, em decorrência da ideia da supremacia da raça pura ariana, tem-se um novo olhar para as minorias, a qual passa a ser delineado por um viés voltado a valorização dos direitos humanos (GARCIA, 2013, p.14). Esse novo olhar, muito por conta dos momentos trágicos da guerra, fez com que a tecnologia avançasse ao ponto de promover avanços cada vez maiores no contexto da medicina e da tecnologia, para proporcionara as pessoas que sofreram com algum tipo de deficiência pós-guerra pudessem viver uma vida minimamente digna.

Depois de ultrapassada a Segunda Guerra Mundial, conforme aduz Garcia, citado por Pereira e Saraiva (GARCIA, 2010, p. 22-23 *apud* PEREIRA; SARAIVA, 2017, p.175), em decorrência do Bem Estar Social, promovida por políticas públicas de assistência social em diversos países Europeus, auxiliando pessoas idosas, crianças carentes e de rua, que sofreram problemas durante a guerra, para a promoção da igualdade e melhoria da qualidade de vida entre todos os indivíduos, principalmente quando se tratam das pessoas com deficiência. Nesse sentido, é importante salientar que, devido as diferentes crueldades em que os nazistas cometeram durante a Segunda Guerra Mundial, a participação da Organização das Nações Unidas na proteção global das minorias como o caso das pessoas com deficiência, por exemplo, a qual tiveram como

representação os países Europeus membros da organização com o intuito da consolidação de políticas públicas internas para a promoção do desenvolvimento social, tendo um viés voltado a problemática envolvendo as minorias, com a constituição dos direitos humanos na conjuntura internacional para a promoção da igualdade entre todos os indivíduos, bem como a consolidação normativa que levasse em consideração cada localidade. (GARCIA, 2013, p.14)

Não é sem razão que é nesse período que a Organização Internacional do Trabalho, em 1946 que aduzem sobre consolidação dos direitos humanos, desempenhando, durante o século XX, legislações de cunho social, econômica e, principalmente, trabalhista (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Brasília, 2020). Uma das principais legislações da OIT que é a Convenção nº 111 da OIT, sobre a promoção da luta pela não discriminação e da promoção da igualdade de oportunidades de emprego. (RESENDE, 2016, p.24)

Contudo, conforme Resende "Embora se reconheça os avanços na seara de igualdade entre as pessoas, a situação pouco se modificou para grupos vulneráveis, incluindo o das pessoas com deficiência" (RESENDE, 2016, p.25). Portanto, cabe destacar que mesmo que a promoção da dignidade da pessoa humana ganhe força, ainda há um olhar preconceito enraizado na sociedade para com as pessoas com deficiência, muito por conta do desconhecimento das deficiências. Não é sem razão que a dificuldade para a fiscalização da legislação inclusiva precisa ser enfrentada pela União Europeia e América Latina, a qual será destacada no terceiro capítulo, para que possamos considerar uma sociedade cada vez mais inclusiva para as pessoas com deficiência, de modo natural, fazendo com que a sociedade como um todo, compreenda melhor sobre a deficiência, tendo uma visão mais igualitária e menos preconceituosa.

Nesse sentido, é importante destacar a relevância ações de cunho afirmativo, a qual será destacado no capítulo seguinte, para a promoção mais efetiva na sociedade, de forma possamos, gradativamente, chegarmos a uma inclusão social que reconhece de modo mais efetivo as pessoas com deficiência como pessoas plenas de direito por todos.

2. As diferentes ações afirmativas impactando nas relações internacionais trabalhistas para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado laboral

As ações afirmativas são ações criadas com o intuito de melhorar as condições de vida dos tutelados, mas antes de perfilar pelas ações afirmativas com políticas públicas criadas pelo Estado, cabe destacar o princípio da igualdade como norte do processo inclusivo, na promoção da equivalência de condições entre todos os indivíduos. Com isso em mente, uma breve análise sobre a igualdade será feita, destacando os dois pilares, tais como a igualdade formal e a material

Conforme elucida Cibelle Línero Goldfarb, a qual é citada por Gisele Martins Accarino Martins Genofre, em sua dissertação de mestrado, explicita que, no contexto de uma sociedade liberal, calcada na Revolução Francesa, a igualdade era pautada no cumprimento legislativo, isto é, estava direcionada tão somente a aplicabilidade da norma, sem que houvesse qualquer distinção entre os indivíduos (GOLDFARB, 2008, p.104, *apud* GENOFRE, 2013, p.76). No mesmo sentido, Elizabeth Alves Barbosa da Silva Araujo, em sua dissertação de mestrado, aduz sobre a igualdade formal dizendo o seguinte:

> A igualdade formal foi o primeiro entendimento jurídico do princípio da igualdade, forjado no nascedouro do estado liberal. Tinha como principal objetivo o corte de privilégios para a nobreza, que tanto incomodava a burguesia em ascensão. Sua base seria a generalidade e a abstração, criando no direito um espaço onde a lei deveria ser aplicada de forma igual, sem criar distinções relativas a classes sociais. Talvez fosse o suficiente para aquele momento histórico em que a liberdade e a mobilidade sociais, tão almejadas, eram tolhidas pelas próprias leis. Criando um sistema legal supostamente cego, que não veria a distinção social e de origem entre os cidadãos, acreditava-se fazer justiça através de neutralidade. (ARAUJO, 2012, p.25-26)

Tal entendimento explicita que igualdade formal é fruto do contexto histórico da Revolução Francesa em que a burguesia preponderava pela intervenção mínima do estado, a qual tão somente a legislação, quanto à ideia da igualdade formal, seria o pilar para promover a ideia de dar a equivalência jurídica para todos os indivíduos. Contudo, esse entendimento começou a ter problemas, pois se percebeu que a igualdade formal não tinha alternativas para a redução das desigualdades sociais e econômicas na sociedade, o que não configuraria em proteções específicas a determinados indivíduos, como, por exemplo, no que tange as pessoas com deficiência, tendo tão somente o condão

de nivelar todos perante a lei, sem levar em consideração que haviam pessoas que, devido as suas condições físicas, mentais ou psicológicas, não poderiam ser tratadas da mesma forma, devendo ter um tratamento diferenciado, para que, só assim, pudessem ser considerados como iguais. (GENOFRE, 2013, p.77).

Nesse sentido, tem-se outra concepção da igualdade, conhecida como igualdade material que está relacionada ao tratamento para com os desiguais, isto é, levando-se em consideração parâmetros culturais e sociais para definir tal igualdade. (ROTHENBURG, 2009, p.360, ARAUJO, 2012, p.28)

Sidney Madruga explicita que esse entendimento tem "base normativa difundida a partir de um constitucionalismo de cunho nitidamente intervencionista e estatal que prestigia e favorece direitos sociais e econômicos em função de pessoas e, agora, de grupos, da coletividade" (MADRUGA, 2019, p.83). Isto é, tal entendimento quer dizer que o Estado, por meio da sua intervenção mais efetiva, por meio do qual o ente público tem como objetivo a proteção de determinados grupos sociais, que se encontre em condições específicas, como ocorre, por exemplo, no caso de mulheres que se encontram grávidas, os empregados, indígenas, o meio ambiente, as pessoas com deficiência, bem como todos aqueles que necessitam de cuidados maiores, sendo considerado como uma igualdade relacionada à realidade. (CAMPELO, 2016, p.26)

Nesse sentido, cabe destacar que a igualdade material consistirá, por meio de intervenções específicas em grupos diferentes, proporcionarem a igualdade entre aqueles que considerados desiguais, com o intuito de atingir a equivalência entre todos os indivíduos. Essas intervenções são conhecidas como ações afirmativas que possuem a sua importância quanto a conceder às minorias a oportunidade de ser incluído na sociedade. Esse entendimento é confirmado por José Garcia Anõn, monografista na matéria sobre pessoas com deficiência, dizendo que:

> [...] as medidas de ação de ação positiva ou afirmativa supõem a criação de mecanismos ou a utilização de políticas de caráter diferenciado para beneficiar a pessoas ou coletivos que são ou foram discriminados, ou que se encontram em situação de desvantagem cuja finalidade é eliminar uma situação de desigualdade ou de desvantagem e a partir desse momento potencializar o princípio da igualdade entre pessoas ou grupos (MADRUGA, 2019, p.136).

Com isso, como forma de promover o processo inclusivo e garantia dos direitos sociais, as ações afirmativas ganham relevância na promoção da igualdade social as minorias. Nela, o Estado ganha importância como interventor, criando políticas públicas que auxiliam na sua construção. Essa expressão segundo afirma MADRUGA, foi, primeiramente, utilizada nos Estados Unidos da América, no ano de 1935, no Congresso Nacional, referente à National Labor Relations Act (Lei Nacional de Relações Laborais), tendo como objetivo na proteção dos trabalhadores e empregadores, bem como encorajar as negociações coletivas que pudessem acontecer, com o intuito de impedir com que houvesse atos ofensivos ao direito do trabalho. Essa foi à primeira das concepções das ações afirmativas que, ao longo dos anos, evoluíram para não só para a proteção das relações do trabalho, mas também relacionadas com políticas públicas preferenciais, que não restringisse ao aspecto laboral, e sim que relacionassem com a igualdade de oportunidades, bem como a diversidade cultural e racial dos Estados Unidos da América que precisavam ser atingidas, com o intuito de melhorar a condição entre todos os homens (MADRUGA, 2019, p. 112).

Carmém Lúcia Antunes Rocha elucida que a Suprema Corte Norte Americana adotou tal expressão em seus julgados, sendo a primeira vez explicitada em determinada ordem executiva federal, no ano de 1965, com o intuito de favorecer aqueles considerados como minorias excluídas socialmente, devido à questão envolvendo os preconceitos que estariam impregnados na sociedade, as quais necessitavam que fossem deixados de lado, com o intuito de se assegurar, primordialmente, a consolidação dos direitos fundamentais da igualdade na constituição. Nesse sentido, ficou determinado que tanto as entidades públicas quanto as empresas seriam a elas impostas a obrigatoriedade no processo de contratação de pessoas consideradas como minorias, com o intuito de promoverem o equilíbrio social e a diminuição das desigualdades sociais atinentes (ROCHA, 1996, p.285).

No Brasil, as ações afirmativas têm condão da garantia dos direitos fundamentais, como preceito de discriminar, de forma positiva, através do qual se dá por meio dos desequilíbrios relacionados à raça, sexo, renda, deficiência, que esteja relacionada à dignidade humana de determinados grupos sociais, impedindo, consequentemente, qualquer tipo de discriminação de cunho negativo, qual seja a discriminação pautada no preconceito (MADRUGA, 2019, p.174). GARCIA elucida que as ações afirmativas consideradas como

"discriminação positiva" tem "extrema ligação com a necessidade de políticas públicas em todos os setores da sociedade: trabalho, educação, transportes, tributação etc." (GARCIA, 2009, p.71). Isto é, as ações afirmativas estão relacionadas a políticas implementadas pelo poder público, como forma de reforçar o que já fora dito acima, a criação de mecanismos para pessoas consideradas como especiais, com o intuito de proporcionar a oportunidade de as "minorias", aumentando a participação de grupos minoritários, garantindo a efetividade da igualdade entre todos os indivíduos. (GENOFRE, 2013, p.79).

Algumas providências dizem respeito a reserva obrigatória de vagas, outras são incentivos fiscais, que normalmente são destinados a fundos públicos com a intenção de custear programas de formação profissional, existem ainda ações como seminários, cursos e palestras para o conhecimento do tema, dentre outras.

> Dentre os países europeus temos Portugal com cota fixa de 2% para a iniciativa privada e 5% para a administração pública. A França trata do assunto em seu Código do Trabalho que reserva postos de até 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados. Na Espanha além da cota de 2% das vagas reservadas para pessoas com deficiência na iniciativa privada ainda existem uma série de incentivos fiscais, como redução nas cotas previdenciárias patronais. Na Itália a Lei nº 68/99, no seu art. 3º, estabelece a proporção de 7% dos trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; 2 pessoas com deficiência, em empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores. Na Alemanha, além da cota de 6% ainda existe um fundo especial para a formação profissional das pessoas com deficiência. Também a Áustria estabelece este fundo e a reserva de 4% das vagas para as empresas com mais de 25 empregados. Bélgica e Holanda trabalham com percentual negociado por representantes sindicais laborais e patronais. Na Inglaterra o poder judiciário poderá determinar a contratação compulsória de pessoas com deficiência caso não haja compatibilidade entre o percentual de empregados com deficiência de uma empresa e a localidade onde esta se situa.
>
> Nos países do MERCOSUL – Mercado comum do Sul, bloco econômico que engloba Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai temos na Argentina um percentual mínimo de 4% para a contratação de servidores públicos com deficiência, além disto há incentivos para contratação na iniciativa privada. No Uruguai o sistema é similar com a mesma cota argentina para o setor público e uma previsão de bens ou serviços públicos a particulares que contratem pessoas com deficiência. (ARAÚJO, FERRAZ, 2010, p.8848)

Aqui no Brasil, a Lei 8.213/91 traz a necessidade de um percentual mínimo dependendo da quantidade de empregados totais contratados na

empresa. Quanto mais empregados tiver na folha de pagamento, significa que mais empregados com deficiência devem ser contratados.

Só causa estranheza que mesmo tendo essa Lei, e os dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística indicam que 14,5 % da população tem algum tipo de deficiência, ou seja, 24,6 milhões de pessoas, mas apenas 1% desses 14,5 chegam a algum posto de trabalho formal. (ARAÚJO; FERRAZ, 2010, p. 8850)

3. Estudo comparativo entre a União Européia e a América Latina na fiscalização da legislação

Cabe destacar que para que possamos alcançar uma plena igualdade social na sociedade vigente, que ainda continua com um olhar preconceituosos sobre as pessoas com deficiência, são necessárias as construções de políticas públicas para a concretização da inclusão social. Conforme aduz Wederson Rufino Santos há diversos fatores a serem considerados a fim de consolidar a inclusão social, dizendo o seguinte:

> A promoção da justiça social a determinados públicos que experimentam desigualdades depende de muitos fatores. Um dos primeiros deles é o compromisso coletivo da prática da igualdade e de uma cultura que valoriza os direitos humanos. É preciso também marcos legislativos para reforçar tais premissas, além de políticas públicas e ações governamentais condizentes com a materialização dos direitos afiançados no plano jurídico. (SANTOS, 2017, p.840)

Considerando o contexto da América Latina, o Brasil se enquadra como um país na construção gradativa para as pessoas com deficiência quando se trata de inclusão social, por meio do qual se enquadra na ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual trata-se de demonstrar que a deficiência deve ser encarada como uma expressão de diversificação humana, pela qual deve ser protegida (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009 *apud* SANTOS, 2017, p.840), mas que encontra desafios na esfera pública e social para a implementação de uma inclusão social cada vez mais efetiva. Cabe destacar que há legislações inclusivas que promovam a inclusão social. Uma delas é a lei de cotas, a qual reserva aos empregados com deficiência o percentual de 2% a 5% das vagas no setor privado, bem como a promoção na Lei de Inclusão em que as empresas que atendessem as regras estabelecidas para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de

trabalho teriam a preferência nas licitações e nos bens e serviços. (RESENDE, 2016, p.116).

Cabe destacar também a Lei nº 13.146 de 2015 (BRASIL, 2015), em que demonstra a relevância das pessoas com deficiência de se colocarem o mercado de trabalho, as quais deveriam ser feitas por meio do fornecimento de recursos tecnológicos para que as pessoas co deficiência possam se adaptar com mais facilidade ao ambiente de trabalho. (DIAS; LEITÃO; SILVA, 2016, p.20). Nesse sentido, há várias formas de se construir uma colocação competitiva para as pessoas com deficiência, as quais são explicadas e destacadas abaixo:

> A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas como diretrizes:
>
> a) o atendimento prioritário à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção;
> b) provisão de suportes individualizados que atendam as necessidades específicas da pessoa com deficiência;
> c) respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;
>
> d) oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição
>
> de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;
>
> e) realização de avaliações periódicas;
>
> f) articulação intersetorial das políticas públicas; (DIAS; LEITÃO; SILVA, 2016, p.20)

Nesse sentido, as pessoas com deficiência têm maior facilidade para uma efetiva inclusão no mercado de trabalho, uma vez que há hipóteses de criação de políticas públicas de quebra de barreiras sociais que proporcionem a maior aceitação e a diminuição do preconceito das pessoas com relação as pessoas com deficiência, sendo vistas não como um fardo social, mas como uma pessoa de direitos que tem as mesmas oportunidades que qualquer pessoa sem deficiência.

Contudo, conforme salienta Adenir Fonseca dos Santos "Mesmo com a existência de leis, a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, ainda é um desafio. Além do preconceito, os empregadores queixam de falta de mão de obra qualificada". (SANTOS, 2018, p.38). Isto é, ainda está consagrada o olhar de que as pessoas com deficiência tem um menor potencial de desenvolvimento de produção, fazendo com que o olhar esteja direcionado não a sua produção, mas ao seu estado. Nesse sentido, é importante salientar o

desafio do poder público para concretizar ações afirmativas para a promoção da inclusão social de forma efetiva.

Não é sem razão que o papel do Ministério do Trabalho (FELIPE, 2020) é de extrema importância para a fiscalização das empresas quanto ao cumprimento da legislação inclusiva vigente para a promoção social. Nesse sentido, para a promoção da inclusão social das pessoas com deficiência, o Ministério do Trabalho, em que atualmente está extinto e foi incorporado por outras pastas (SANTOS, 2019), tem como mecanismos especializados de controle e fiscalização, através da atuação dos auditores fiscais, das normas destinadas a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como promover o estímulo, através de ações do próprio Ministério Público, com o intuito das empresas incentivarem as pessoas com deficiência a se qualificarem para a entrada no mercado de trabalho, como também a promoção de ação civil pública, por meio da prestação judicial para condenar as empresas que desrespeitem o cumprimento da Lei de Cotas, assim como a formalização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), para o preenchimento das cotas as pessoas com deficiência, garantindo as que fossem habilitadas ou reabilitados ao exercício do trabalho. (CASTRO, 2016, p.142-143).

Por esse motivo, o Ministério Público tem um papel muito relevante de preservar os empregos, por meio da fiscalização da legislação vigente, promovendo segurança jurídica e inclusão social, ainda em escala menor, para as pessoas com deficiência.

Já quando se trata dos países de América Latina, especialmente a Argentina, o Uruguai e o Chile, deve se analisar as diferentes legislações de cada país e como encaram a inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Cabe destacar que todos esses países ratificaram em suas respectivas legislações, assim como o Brasil, com relação à Conferência Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual elucida a ideia de que "tem por finalidade proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência. As Partes da Convenção são obrigadas a promover, proteger e assegurar o exercício pleno dos direitos humanos das pessoas com deficiência e assegurar que gozem de plena igualdade perante a lei. (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, cabe destacar que a Conferência acima referendada promove a igualdade entre todos os indivíduos, principalmente com relação com as pessoas com deficiência, por meio da construção de políticas públicas do Estado para a promoção dos direitos humanos de forma plena. Contudo, cabe

destacar que a análise da inclusão social deverá ser baseada não só nos pontos em comum desses países, mas também com suas particularidades quanto a inclusão social, considerando fatores econômicos, políticos e sociais, relacionando-se em como as legislações nesses países afetam positiva e negativamente a inclusão social, e como a evolução social poderá acontecer nessas localidades.

No que tange ao entendimento relacionado ao Chile, por exemplo, com a devida ratificação da Convenção, criou-se a Lei nº 20.422 com o objetivo de promoção da igualdade de condições as pessoas com deficiência e o combate a discriminação, contudo tal legislação não prevê medidas efetivas para inclusão e muito menos divulga os dados sobre as pessoas com deficiência no mercado de trabalho (RESENDE, 2016, p.52), o que se torna um complicador quanto a averiguar a legitimidade se a inclusão social está sendo mais efetiva nesse país. Contudo, cabe destacar também que adota como forma de promover a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho consiste na concessão de premiações para empresas que incentivam e desenvolvem ações afirmativas de inclusão na sociedade, no meio eletrônico e, principalmente, com relação a acessibilidade no trabalho. (CHILE, 2016, *apud* SANTOS, 2017, p.847).

No tocante ao Uruguai, a qual também ratificou a Convenção, trouxe em suas diferentes legislações, sendo que a Lei nº 18.651/2013, a qual trata de modo contundente sobre a legislação que protege as pessoas com deficiência, por meio da assistência de cunho social, na parte da educação, de ajuda econômica, na reabilitação ao emprego, bem como no auxílio profissional as pessoas com deficiência no mercado de trabalho (URUGUAI, 2010), em seu artigo 48 dizia que por meio de uma política estatal, as pessoas com deficiência teriam um processo de orientação e reabilitação, considerando os dons e capacidades das pessoas com deficiência, como forma de auxiliar na função exercida por estes. Cabe estacar também que o artigo 49 da Lei citada, a reserva de vagas para pessoas com deficiência está no percentual de 4%. Contudo, tais formas de melhora da inclusão, assim como o modelo do Chile, não possuem uma correlação de dados que efetivem a sua melhora na inclusão. (RESENDE, 2016, p.56-57), o que torna o trabalho mais complicado, uma vez que se tornaria importante uma análise mais detalhada para a criação de políticas públicas de inclusão.

Com relação a Argentina, tem-se a promulgação da Lei 22.431(ARGENTINA, 1981, *apud* RESENDE, 2016, p.51), sendo uma das leis

mais antigas sobre a legislação relacionada as cotas (ARGENTINA, 1981, *apud* SANTOS, 2017, p.844), a qual elucida sobre a proteção das pessoas com deficiência quando se trata das áreas relacionadas a saúde, educação e segurança social, cabendo destacar também que o artigo 8º da legislação que trata sobre as cotas na Argentina prevê a inclusão nas pessoas com deficiência em cargos relacionados referentes aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo incluir também as entidades descentralizadas, bem como empresas privadas de concessionárias relacionadas a serviços estatais (RESENDE, 2016, p.50). Cabe salientar também a promulgação da Lei nº 26.816 (ARGENTINA, [2008 ou 2013], *apud* RESENDE, 2016, p.51), a qual elucida sobre "o Regime Federal de Emprego Protegido para Pessoas com Deficiência na Argentina, buscando incluir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho através de organizações que façam a ponte com a empresa. Nessa legislação, não há previsão de sistema de reserva de vagas na iniciativa privada" (RESENDE, 2016, p.50). Ou seja, a falta de previsão para a reserva de vagas impede com que muitas pessoas com deficiência possam entrar no mercado de trabalho, fazendo com que seja necessária a criação e políticas públicas estatais ou da criação de uma legislação mais rígida para incentivar as empresas a cumprirem a lei.

Com relação a União Européia, cabe destacar que o estatuto jurídico referente as pessoas com deficiência e a situação no meio social acarretaram em diversas análises por meio de recomendações e pareceres para tratar de modo mais efetivo sobre a inclusão. Deve destacar que, no ano de 1992, o Conselho da Europa, por meio da Recomendação nº. R (92) 6, de 9.4, estabeleceu uma política voltada a inclusão das pessoas com deficiência, consagrando o direito a cidadania, ao acesso a instituições e serviços, proporcionarem as pessoas com deficiência a capacidade financeira para que pudessem se sustentar, criação de programas voltado a reabilitação e integração ao ambiente laboral, maior acessibilidade a todos os meios de comunicação, bem como a acessibilidade a diversas atividades culturais, com a retirada de qualquer tipo de empecilho, ou seja, obstáculo que impedisse a sua utilização, sendo eles de cunho técnico, voltados a sua estrutura, físicos ou até mesmo relacionado ao hábito das pessoas nessas atividades. (NEVES, 2013, p.53-55)

Ou seja, tal Recomendação proporciona uma maior efetividade na inclusão das pessoas com deficiência em todos os setores da sociedade, com políticas que proporcionassem as pessoas com deficiência a se verem como

iguais no seio social, já que a elas seriam garantidas pelo poder publico a igualdade de condições.

Cabe destacar também o Parecer (2002/c 241/17, de 17.7.2002) com o intuito de chamar a atenção dos empregadores como o intuito de sensibilizá-los com relação as pessoas com deficiência, a promoção de cooperativas por meio dos sindicatos para a inserção no mercado de trabalho, a melhora da acessibilidade nos ambientes públicos e laborais, pois a falta de maior acessibilidade. Segundo o próprio Comitê Econômico e Social a falta de acessibilidade é uma afronta aos direitos fundamentais dos indivíduos, principalmente com relação às pessoas com deficiência, a qual a sua melhoria proporcionaria com que elas uma maior participação em âmbito político e social. (NEVES, 2013, p. 56)

No que tange a Recomendação 86/379/CEE (UNIÃO EUROPEIA, 1986, *apud* RESENDE, 2016, p.73), essa traz como escopo que os Estados membros, que fazem parte do Conselho da Comunidade Econômica, deveriam implementar medidas inclusivas, concedendo mais condições necessárias para proporcionarem as pessoas com deficiência condições igualitárias de oportunidades quando se trata de conquistarem condições para a efetiva entrada no mercado de trabalho incluindo tanto o empenho em dar a oportunidade ao primeiro emprego quanto a reintegrar as pessoas com deficiência, excluindo do cenário ações consideradas preconceituosas e adicionando ações afirmativas, por meio da legislação cotista. (RESENDE, 2016, p.73)

Cabe destacar também um Parecer importante que alude sobre a consolidação dos direitos iguais as pessoas com deficiência com o fornecimento de serviços públicos que facilitem o melhor convívio social:

> No Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre "igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência" - (2007/C 93/08), JOUE C 93/32 de 27.4.2007 -,afirmou-se que fornecer às pessoas com deficiência "oportunidades iguais é um imperativo social, ético e político, que devia constar do topo da agenda política da Europa", reiterou se que são prioridades na procura da igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência a maior sensibilização para os seus direitos, a garantia da acessibilidade a edifícios públicos, à sociedade da informação e aos meios de transporte, a elaboração de nova legislação a nível nacional e o apoio às suas famílias [...] (NEVES, 2013, p.59)

Nesse sentido, cabe salientar que a União Européia está aos poucos desenvolvendo sistemas de inclusão mais efetivos para as pessoas com deficiência, para que elas participem cada vez mais da sociedade e possam se incluir nela o mais rápido possível, uma vez que se desenvolvem medidas de acessibilidade e informação para sua devida inclusão social.

Considerando ainda Parecer expropriatória do Comitê Econômico e Social Europeu (2010/C 354/02) -, de 28.12.2010 u, que trata de modo específico sobre a acessibilidade das pessoas com deficiência, pretende corroborar com a ideia de adotara estratégia da criação de um capítulo destinado as pessoas com deficiência como forma de incluir melhor as pessoas com deficiência na sociedade, devendo ainda serem consideradas de suma importância para os jovens profissionais. Não é sem razão que a União Européia se encontra bem alinha com a ideia de que as pessoas com deficiência não são passíveis de assistência, devendo ser tratadas como indivíduos plenos direito e que possam conquistar a autonomia para gerenciarem as suas próprias vidas (NEVES, 2013, p.64-65).

Nesse sentido, cabe destacar que cada nacionalidade acima citada deve ser tratada de ser analisado pelas suas diferenças quanto a cultura e legislações, bem como a forma que essas legislações são devidamente fiscalizadas. Com isso em mente, o Brasil Uruguai, Argentina e Chile, ainda que possuam legislações que especifiquem as medidas a serem tomadas para o seu cumprimento, principalmente quanto ao Brasil com a participação efetiva do Ministério Público, pelas falta mais contundente de dados e o entendimento ainda equivocado sobre a deficiência, a igualdade ainda precisa ser melhor trabalhada, por meio de políticas públicas que propiciem a maior acessibilidade a elas, por meio do Estado e da cobrança social. No que tange a União Européia, parece haver uma política mais delineada pelos países membros no intuito de uma inclusão social, mas que ainda precisa de uma união mais efetiva com a criação de novos parâmetros que envolvam a todos, para uma maior acessibilidade, melhores condições para proporcionar mais autonomia as pessoas com deficiência para que possamos concretizar que a igualdade deixo de ser um sonho e se tornou a realidade da sociedade.

CONCLUSÃO

Considerando a perspectiva da inclusão, as pessoas com deficiência vivem um grande dilema de serem aceitos como indivíduos plenos de direito, sendo considerados como iguais por todos. Não é sem razão que diferentes civilizações tinha um tratamento diferente para com as pessoas com deficiência, ora as tratando com respeito ou até mesmo com admiração, ou por vezes sendo completamente excluídas do meio social. Cada era da humanidade demonstrou um tratamento diferenciado.

Na Idade Antiga haviam civilizações em que o tratamento acaba por ser mais amigável e benevolente para as pessoas com deficiência, cujo a forma de tratamento para com eles era de respeito e não de preconceito pela deficiência que possuíam. Contudo, tal entendimento não foi totalmente unânime, fazendo com que outras civilizações acabassem por excluídas do meio social, não as considerando como indivíduos plenos de direito, as quais não deveriam fazer parte do meio social

. Na Idade Média, com o pensamento cristão de trazer a harmonia entre todos os indivíduos, o tratamento acabou por ser mais amistoso para com as pessoas com deficiência. Contudo, estas ainda tinham um olhar preconceituoso pela deficiência que possuíam, sendo descartadas do ambiente pessoal pela condição que apresentavam.

Com a Idade Moderna, houve uma melhora positiva nas condições sanitárias e médicas, fornecendo as pessoas com deficiência maneiras para que pudessem se adaptar melhor ao meio social e do trabalho sem auxílio de benefícios, com a cadeira de rodas para pessoas com deficiência locomotora ou pessoas com deficiência visual, com a escrita em Braille.

Com a Idade Contemporânea, pela Segunda Guerra, em que muitas pessoas acabaram perderem algum membro do corpo, acabando por enquadrarem com alguma deficiência, demonstrando que o Estado precisava auxiliar essas pessoas para conseguirem condições mínimas para retornarem ao mercado de trabalho e a vida social da melhor forma possível, promovendo a igualdade social entre todos os indivíduos. No caso da OIT, de promover a não discriminação e. consequentemente, a fiscalização da lei de inclusão, continua a ser importante para consolidar a inclusão das pessoas com deficiência não só no meio social, como também no mercado de trabalho.

Contudo, ainda as pessoas com deficiência ainda encontram muito preconceito pelo que são, sendo desconsideradas pelos que elas podem fazer para a sociedade, que precisa aprender com elas as dificuldades de ser um deficiente.

Não é sem razão que as ações afirmativas têm um papel importante quanto a promoverem a inclusão social e forma efetiva, cabendo destacar, porém, que essa igualdade a ser atingida passou por dois processos diversos de análise, a qual foi destacada nesse artigo. A primeira delas falou sobre as a igualdade formal, a qual considerava o estrito cumprimento legislativo, sem considerar fatores como a cultura, o meio social para uma inclusão mais nítida das pessoas com deficiência. Em outro momento, surge a igualdade material, pautada em parâmetros sociais consubstanciados pelo direito da dignidade da pessoa humana como forma de considerar os indivíduos dentro do seio social, e não exclusivamente pela lei, tendo, por consequência, uma visão mais ampla sobre quais medidas a serem tomadas para a promoção da igualdade.

É importante destacar que cada nacionalidade possui as suas legislações e culturas, a serem analisadas de modo diferente, fazendo com que os papéis como Brasil, Uruguai, Argentina e Chile, sejam verificados de uma forma pela sua legislação e como é aplicada e a União Européia de outra.

Por fim, cabe destacar que a construção da igualdade entre as pessoas com deficiência é gradativo e continua a ser desenvolvido por cada nacionalidade. No Brasil, tem-se diversas legislações tanto para a promoção da inclusão, por meio de cotas no serviço público e privado ou de normas contra a discriminação das pessoas com deficiência, bem como o papel do Ministério Público do Trabalho para fiscalizar essa legislações pelo Brasil. Contudo, a ainda um olhar preconceituoso das empresas pelas pessoas com deficiência que, com um olhar atento do poder público, crie medidas que possam promover a inclusão social.

Com relação aos países como Uruguai, Chile e Argentina, há cabe destacar que não há dados nesses países sobre como as legislações estão sendo aplicado, o que dificulta na maior fiscalização dessas leis, o que precisa ser revisto por esses países, se quiserem promover efetivamente uma inclusão social as pessoas com deficiência.

Já com relação a União Européia, deve destacar que há uma grande atuação deste para a promoção da igualdade social por meio de pareceres e

recomendações que tratam sobre não só a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mas também de uma maior acessibilidade aos locais públicas e com uma participação social, uma vez que são todos cidadãos com capacidade de direito.

Nesse sentido, conclui-se que essa investigação feita para a realização desse artigo demonstra que por mais que mediadas estejam sendo tomadas, ainda há um longo caminho a ser percorrido quando se trata da igualdade das pessoas com deficiência, uma vez que é preciso haver uma mudança de mentalidade social quanto ao olhar das pessoas com deficiência pela sociedade e pelas empresas, com uma maior participação do Estado para promover a igualdade por meio de políticas públicas e da participação social em cobrar medidas mais efetivas para que, ao final, tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens Valtecides. *Deficiente físico:* novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 1992, p.26 *apud* GENOFRE, Gisele Accarino Martins. *A inclusão social e laboral da pessoa deficiente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25102016-141545. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25102016-141545/pt-br.php>, Acesso em 27 nov. 2020, 23:20:00.

ARGENTINA, *InfoLEG – Información Legislativa. Ley nº 22.431,* 1981*,* Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/texact.htm>, *apud* RESENDE, Emerson Albuquerque. *O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil:* caminhos para a eficácia social. 2016. 287 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016*,* Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/4385>, Acesso em: 27 jan. 2021, 13:03:00.

ARGENTINA. *InfoLEG – Información Legislativa. Ley nº 26.378*. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>, *apud* RESENDE, Emerson Albuquerque. *O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil:* caminhos para a eficácia social. 2016. 287 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016*,*

Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/4385>, Acesso em: 31 jan. 2021, 23:46:00.

ARGENTINA, *Ley nº 22431*, de 16 de marzo de 1981, Institui Sistema de Protección Integral de los
Discapacitados *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 16 mar.1981. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/texact.htm>*apud* SANTOS*,* Wederson Rufino, *Pessoas com deficiência e inclusão no* trabalho *na América Latina*: desafios à universalização dos direitos. Cad. Bras. Ter. Ocup., São Carlos, v. 25, n. 4, p. 839-854, 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAR0935>, Acesso em: 06 jan.2021, 23:14:00.

ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. *Ações afirmativas no mercado de trabalho:* um estudo sobre a concretização do direito fundamental ao trabalho no Brasil. 2012. 163 f.: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12604>, Acesso em: 29 jun. 2019

BRASIL, *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, DF, Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>, Acesso em: 05 jan. 2021, 21:49:00.

BRASIL, *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, Brasília, 2018, Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/convencao-internacional-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>, Acesso em; 27 jan. 2021, 12:41:00.

CASTRO, Moisés Coelho, *A Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro*: um estudo das normas e ações afirmativas à luz do direito internacional, Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2016, Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/144690>, Acesso em: 05 jan. 2021, 19:47:00.

CAMPELO, Camila Menezes Souza. *A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho*. 2016. 75 f.: Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/25838>, Acesso em: 10 Ago. 2019

CHILE. *Selo Chile Inclusivo,* Disponível em: <http://www.senadis.gob.cl/pag/129/588/sello_chile_inclusivo> *apud* SANTOS, Wederson Rufino, *Pessoas com deficiência e inclusão no trabalho na América Latina:* desafios à universalização dos direito, Cad. Bras. Ter. Ocup., São Carlos, v. 25, n. 4, p. 839-854, 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAR0935>, Acesso em: 06 jan.2021, 23:19:00.

DIAS, Eduardo Rocha; Leitão, André Stuart; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da, *O Caminho da Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho:* onde estamos?. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 14, n. 18, p.13-43, jan./jun. 2016, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i18.p13-43.2016>, Acesso em: 06 jan. 2021, 20:57:00.

DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-78, 2009 *apud* SANTOS, Wederson Rufino, *Pessoas com deficiência e inclusão no trabalho na América Latina:* desafios à universalização dos direitos Cad. Bras. Ter. Ocup., São Carlos, v. 25, n. 4, p. 839-854, 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAR0935>, Acesso em: 25 nov. 2020, 23:07:00.

FELIPE, Andretta, *Um ano sem Ministério do Trabalho*: foi bom ou ruim para os brasileiros?, São Paulo, 2020, Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/02/2019-ano-fim-ministerio-do-trabalho-balanco-bruno-dalcolmo.htm>, Acesso em: 05 jan. 2021, 19:47:00

GARCIA, Rebeca Alves de Souza, *A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho*: medidas de discriminação positiva, seus mitos e suas possibilidades, Dissertação (Mestrado de Pós- Graduação em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo – SP 2013, Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1061>, Acesso em: 14 nov. 2020, 21:39:00.

GARCIA, V. G. *Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho*: histórico e o contexto contemporâneo. 2010. 205f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico) Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010 *apud* PEREIRA, J. A.; SARAIVA, J. M. *Trajetória histórico social da população deficiente:: da exclusão a inclusão social.* SER Social, Brasília, v. 19, n. 40, p. 168-185, 20 set. 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.26512/ser_social.v19i40.14677>, Acesso em: 11 nov. 2020, 22:44:00.

GENOFRE, Gisele Accarino Martins. *A inclusão social e laboral da pessoa deficiente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25102016-141545,.Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25102016-141545/pt-br.php>, Acesso em: 11 nov. 2020, 21:07:00.

GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego*: o sistema de cotas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008, p. 27 *apud* GENOFRE, Gisele Accarino Martins. *A inclusão social e laboral da pessoa deficiente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25102016-141545. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25102016-141545/pt-br.php>, Acesso em: 14 nov. 2020, 23:24:00.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007*apud* ARAUJO, Elizabeth A. B. S.; FERRAZ, F. B. *O conceito de pessoas com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho.* In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. Anais...Fortaleza, 2010. p.8841-8859, Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/541>, Acesso em: 26 jan, 2021, 22:35:00.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. *The person with deficiency and the labor right*. 2009. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, Disponível em:<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8878>, Acesso: 14 nov. 2020, 21:22:00.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. *Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência:* análise da Lei no 13.146/2015. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília a. v. 54, n. 214, p. 153-173, abr./jun. 2017, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536831>, Acesso em: 14 nov. 2020, 22:53:00.

LORENTZ, Lutiana Nacur, *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência:* Á luz da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU, de 2006 e do Estatuto das Pessoas com Deficiência Lei nº 13.146 de 6 de Julho de 2015*,* 2. ed, São Paulo, LTr, 2016.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos* – Ótica da Diferença e Ações Afirmativas**.** 3ª Edição. São Paulo: Saraiva Educativa, 2019.

MARX, Karl, Grundrisse der Kritik der politisehen Okonomie. Berlim: Dietz, 1974. p.594 *apud* Spurk, op. cit., p.205 *apud* SILVA, Diego Nassif da*, Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho:* o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica, 22ª Edição, Curitiba: Juruá, 2013.

NEVES, Alexandra Maria da Conceição Chícharo das, O *estatuto jurídico dos "cidadãos invisíveis"*: o longo caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência, DDIR – Departamento de direito - Doutoramento em direito - Ciências jurídico-processuais, Tese de doutoramento, Universidade Autónama de Lisboa, Lisboa, 2013, Disponível em:< http://hdl.handle.net/11144/277>, Acesso em: 09 nov. 2020, 20:27:00.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Historia da OIT,* Brasília, 2020, Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm> , Acesso em: 17 nov. 2020, 23:22:00

PEREIRA, J. A.; SARAIVA, J. M. *Trajetória histórico social da população deficiente::* da exclusão a inclusão social. SER Social, Brasília, v. 19, n. 40, p. 168-185, 20 set. 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.26512/ser_social.v19i40.14677>, Acesso em: 11 nov. 2020, 22:44:00.

RESENDE, Emerson Albuquerque. *O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil:* caminhos para a eficácia social. 2016. 287 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016, Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/4385>, Acesso em: 29 out. 2020, 19:03:00.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa* - O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de informação legislativa*,* Brasília a. v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>, Acesso em: 28 out. 2019

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão.
Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São
Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 360 *apud* ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. *Ações afirmativas no mercado de trabalho:* um estudo sobre a concretização do direito fundamental ao trabalho no Brasil. 2012. 163 f.: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2012, p.28. Disponível em:

<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12604>, Acesso em: 22 jun. 2019

SANTOS, Adenir Fonseca dos. *Uso das tecnologias da informação e comunicação* - TIC – tecnologia assistiva – sistema inteligente para a capacitação e inclusão de pessoa com deficiência visual no mercado de trabalho – um estudo de caso**.**. 2018. 161 f.. Dissertação - Mestrado Profissional em Educação e Novas Tecnologias, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/114>, Acesso em: 25 nov. 2020, 23:24:00.

SANTOS, Débora Farias dos, *Quais os reflexos do fim do Ministério do Trabalho, Emprego e Previdência (MTE)?,* [S.I], 2019, Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/295301/quais-os-reflexos-do-fim-do-ministerio-do-trabalho--emprego-e-previdencia--mte>, Acesso em: 05 jan. 2021, 19:19:00.

SANTOS, Wederson Rufino, *Pessoas com deficiência e inclusão no trabalho na América Latina*: desafios à universalização dos direitos. Cad. Bras. Ter. Ocup., São Carlos, v. 25, n. 4, p. 839-854, 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAR0935>, Acesso em: 25 nov. 2020, 23:07:00.

SILVA, Otto Marques da. *A epopéia ignorada:* a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: Cedas, 1987, *apud* GENOFRE, Gisele Accarino Martins. *A inclusão social e laboral da pessoa deficiente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25102016-141545. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25102016-141545/pt-br.php> , Acesso em: 15 jan. 2021, 15:32:00

UNIÃO EUROPEIA, Recomendação 86/379/CEE, 1986, Disponível em: <http://old.eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986H0379:PT:HTML>. > *apud* RESENDE, Emerson Albuquerque. *O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil: caminhos para a eficácia social*. 2016. 287 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016, Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/4385>, Acesso em: 14 jan.2020, 23:49:00.

URUGUAI, *Ley N° 18651***,** Proteccion Integral a los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2010, Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18651-2010>, Acesso em: 08 jan, 2021, 16:38:00.

ECONOMIA SOLIDÁRIA E RELAÇÕES DE TRABALHO: uma experiência de pesquisa-ação na Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive – AMCEV

Simone Vinhas de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina, Professora Adjunta, Departamento de Direito Privado, Londrina, Brasil, vinhas@uel.br.br

Daiane Aparecida Martins
Universidade Tecnológica do Paraná, Egressa, Programa de Mestrado em Ciências Humanas, Sociais e da Natureza, Londrina, Brasil, martins.daiane@escola.pr.gov.br

Mariana Campidelli Ferreira
Universidade Estadual de Londrina, Graduanda em Direito, Londrina, Brasil, mariana.campidelli@uel.br

Resumo: O estudo se dedica à investigação diante de uma experiência sobre organização coletiva, de relações de trabalho alternativas, especificamente relacionadas à economia solidária. Com a metodologia utilizada, buscou-se enfatizar a importância da pesquisa-ação para o direito, eis que, pelas suas possibilidades técnicas e procedimentos, aproximam os sujeitos envolvidos no objeto da pesquisa dos resultados obtidos. Explorou-se, para isso, a experiência desenvolvida com a Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive – AMCEV, localizadas no Assentamento Eli Vive II, pertencente ao Movimento dos Trabalhadores Sem Terra – MST, no município de Londrina – PR. Os procedimentos e técnicas empreendidos foram entrevistas semiestruturadas, diários de pesquisa de campo e levantamento bibliográfico e documental. Dessa forma, identificou-se a possibilidade de assistência jurídica para a continuidade das obrigações formais intrínsecas à organização associativa, além de assessoramento por oficinas nas demais atividades organizacionais do coletivo. Assim, foi possível compreender as transformações nas relações de trabalho provenientes de uma experiência de economia solidária, estabelecida em um coletivo organizado em movimento social de reforma agrária, seus avanços e limitações ao buscar possibilidades de inserção social, capazes de promover emancipação aos sujeitos envolvidos em suas práticas.

Palavras-chave: Pesquisa-ação; Movimentos sociais; Economia solidária; MST; Campesinato feminista.

Abstract: The study is dedicated to the investigation of collective organization, of alternative work relationships, specifically related to the solidarity economy. With the methodology used in the study, we sought to emphasize the importance of

action research for the law, since, due to its technical possibilities and procedures, the subjects involved in the research object get closer to the results obtained. For that, we explored the experience developed with the Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive - AMCEV, mandatory in the Assentamento Eli Vive, belonging to the Movimento dos Trabalhadore Sem Terra - MST, in the city of Londrina - PR. The procedures and techniques undertaken were semi-structured discoveries, field research journals and bibliographic and documentary surveys. In this way, the possibility of legal assistance for the continuation of formal obligations intrinsic to the associative organization wasidentified, in addition to advising by workshops on the other organizational activities of the collective. Thus, it was possible to understand the transformations in labor relations arising from an experience of solidarity economy, established in a collective organized in the midst of a social movement of agrarian reform, its advances and limitations when seeking possibilities for social insertion, able to promote emancipation to the subjects involved in their practices.

Key Words: Action research; Social moviments; Solidarity economy; MST; Feminist peasant.

INTRODUÇÃO

O estudo aqui apresentado foi realizado a partir de uma pesquisa-ação desenvolvida no coletivo de mulheres camponesas do Assentamento Eli Vive, no município de Londrina-PR, onde se analisou a organização coletiva e a importância do método adotado no processo de emancipação das mulheres participantes.

Nessa perspectiva, a relevância do estudo está na compreensão das ações que visam à reversão dos processos de dominação na sociedade, especialmente os que refletem nas condições do coletivo analisado, bem como a importância do método adotado para que fosse possível uma mudança no contexto dessas mulheres. Para tanto, almeja-se compreender, através de uma experiência de economia solidária, as transformações nas relações de trabalho em um contexto de movimento social de reforma agrária, o desenvolvimento e as dificuldades na busca pela inserção social.

Os dados da pesquisa foram extraídos através de assessoria jurídica e colaboração nas atividades do coletivo, visando sempre a participação conjunta das camponesas nas ações, além de momentos de rodas de conversa, nas quais se possibilitaram os relatos de experiência, desde a formação do grupo, suas dificuldades e conquistas no decorrer da efetivação da Associação.

Organizada em três seções, apresenta-se neste trabalho, respectivamente: o processo de formação da associação, suas características, prioridades e dificuldades; a descrição do método de pesquisa-ação adotado, abordando sua relevância na pesquisa social para a emancipação e autonomia das mulheres; e por último, a reflexão sobre a construção das práticas emancipatórias e a luta feminista do coletivo no contexto de economia solidária e transformação das relações de trabalho.

1. Formação da Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive – AMCEV

A pesquisa-ação foi desenvolvida a partir da participação no Projeto de Extensão "Fomento a Sistemas Agroecológicos para fortalecimento da autonomia de mulheres camponesas" da Universidade Estadual de Londrina (UEL). O Projeto, pertencente ao Programa de Extensão Universidade sem Fronteiras, sendo parte do Subprograma Agricultura Familiar e Agroecologia, teve início em 2016, ano do seu primeiro ciclo, que se perpetuou por mais dois ciclos, até o ano de 2019. O presente estudo se deu no terceiro ciclo do projeto, com início em 2018 e finalização em setembro de 2019.

A luta coletiva por emancipação é fator determinante na história das mulheres organizadas na Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive – AMCEV, que há anos atuam no Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST). Com esse mesmo espírito de luta surgiu, em 2015, o coletivo de mulheres camponesas, que, norteadas pela aspiração de cultivar alimentos livres de agrotóxicos, respeitando a Terra, iniciaram as atividades de produção dos seus quintais agroecológicos.

O grupo teve início quando duas das camponesas que hoje formam a AMCEV participaram de uma capacitação, ofertada pela Universidade Federal Fronteira Sul em parceria com o MST, sobre o cultivo de quintais produtivos. Com a conclusão do curso, elas retornaram ao assentamento em busca de companheiras, vizinhas de lote, para iniciar atividades de cultivo coletivo de hortas e pomares. A princípio, a produção serviria apenas ao consumo familiar, mas com o aprimoramento das técnicas e o crescimento dos quintais produtivos, inspiraram-se e se propuseram a também comercializar a produção, com o objetivo de gerar trabalho e renda.

Para concretizar esse objetivo, as camponesas encontraram grandes obstáculos, que podem ser observados, inicialmente, pela logística e produção

agroecológica de plantio diante das condições relativas à localização dos lotes dessas mulheres; mas também o enfrentamento às opressões de gênero, por constituírem um coletivo de mulheres, como relatou uma das camponesas em entrevista:

> Então, dificuldades tivemos inúmeras e aí com aquele método de cada dia vencer uma dificuldade por vez. As mais difíceis em relação à produção, à logística que ainda é um problema hoje, ainda é uma dificuldade, a aceitação também tá sendo gradual, cada dia a gente conquista um espaço a mais, as pessoas vão vendo a nossa luta e vai entendendo que é importante a gente se fazer parte do processo de construção do país. Então assim, tivemos inúmeras dificuldades, ainda temos, agora um pouco menos. Até mesmo dentro das famílias das camponesas em aceitar que a gente tava formando uma associação, tendo um coletivo bem mais construído, firmado né? Os companheiros de algumas relatando "isso não vai dar certo, vocês para de se meter em confusão", então assim, atritos que nós tivemos que vencer e ainda estamos batalhando pra vencer, mas não é fácil, em? Vou dizer pra você! Mas é claro que nós somos persistentes, né? A luta não se constrói do dia pra noite e tamo aí, firme! (CAMPONESA ASSOCIADA À AMCEV).

O Assentamento Eli Vive, situado no distrito de Lerroville, munícipio de Londrina – PR, cujo território tem aproximadamente 7,3 mil hectares é fonte de trabalho e moradia para 501 famílias desde 2013, ano da distribuição dos lotes pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) (JUNIOR; BUFAZAR, 2014), mas ainda carece de políticas públicas estruturais.

A precariedade das estradas do Assentamento, sintoma da falta de políticas públicas, foi um grande empecilho no caminho do coletivo, pois prejudica o escoamento da produção. Aliado às frágeis estradas, existem dificuldades próprias do cultivo de alimentos agroecológicos no local, como o difícil acesso à água nos lotes, além da interferência indireta das propriedades vizinhas ao assentamento que, enquadradas em um modelo de agricultura de monocultura, hegemônico no país, utilizam agrotóxicos para o cultivo e, por extensão, contaminam o ar, a água e o solo da região.

Frente a tal impasse, buscando uma alternativa para o enfrentamento de tantas dificuldades, o coletivo encontrou na UEL, que desenvolve projetos de pesquisa e extensão no assentamento, o incentivo e suporte que procurava. Assim, iniciou-se o projeto de extensão multidisciplinar "Fomento a sistemas agroecológicos para fortalecimento da autonomia de mulheres camponesas", que acompanhou a criação e desenvolvimento das *Sacolas Camponesas,* como ficaram conhecidos os produtos cultivados e comercializados pelo grupo de mulheres.

O início do projeto foi um período de estruturação e desenvolvimento de técnicas de cultivo agroecológico e formação de uma rede de apoiadores-consumidores, formada com a comunidade interna da Universidade, para a comercialização dos produtos cultivados. A equipe do projeto de extensão contou com a participação de professores, estudantes de graduação e profissionais recém formados alinhados à área de atuação do projeto.

Com o aprimoramento das práticas de cultivo e com o grupo de apoiadores-consumidores crescendo, o coletivo iniciou uma discussão sobre a necessidade de formalizar suas atividades, para que a gestão fosse realizada de maneira mais adequada. Nesse contexto, através do projeto de extensão, as associadas passaram a contar com uma assessoria jurídica, composta por discentes e docente do curso de direito, colaboradores do projeto. O fruto dessa discussão foi a constituição, em julho de 2017, da Associação das Mulheres Camponesas do Assentamento Eli Vive – AMCEV.

No entanto, o processo de formação da AMCEV também foi um processo de luta para o coletivo de mulheres. Para conquistar a formalização do grupo, as camponesas encontraram resistência dentro do assentamento, interposta por grupos formados majoritariamente por homens e que envolvia a organização local do MST, os quais defendiam que a associação significaria uma concorrência à cooperativa do assentamento.

Após intensos debates entre o coletivo e os representantes da cooperativa, as mulheres camponesas demonstraram que a formalização da Associação não representaria concorrência, ao contrário, promoveria desenvolvimento às famílias e a toda a comunidade do assentamento, que se beneficiaria com as ações da associação, como relatou uma das associadas em entrevista:

> O coletivo definiu que seria então interessante criar essa associação, sabendo que nois teria que ter vários enfrentamentos, né? Desde lá, a criação do grupo, a nossa dificuldade maior era em ser acreditadas, né? Pela sociedade e pelo próprio assentamento, de que criar uma associação não ia criar problema, né? Não ia ser um problema e sim uma solução pra nois. Então coletivamente as camponesas definiu que seria importante ter essa associação, nos daria mais segurança, mais organicidade e uma cumplicidade assim com todas porque a partir do momento que a associação se fez concreta, se criou ela, a gente conseguiu então dar mais organicidade pro grupo [...] enfim, a associação veio a se somar à uma demanda maior que é cada dia melhorar mais as nossas tarefas políticas, produtivas do coletivo das mulheres (CAMPONESA ASSOCIADA À AMCEV).

Dessa forma, com a AMCEV constituída, o coletivo seguiu cultivando os quintais agroecológicos, promovendo trabalho e renda às associadas, a partir da cooperação coletiva, e garantindo a distribuição de alimentos agroecológicos aos seus apoiadores, em uma troca justa inserida em uma lógica de economia solidária[1].

2. O método de pesquisa-ação para a pesquisa social com a prática emancipatória das camponesas da AMCEV

Ao considerar a necessidade de emancipação e o protagonismo das mulheres da associação, optou-se pelo uso deste método, pois este se consolida por sua construção coletiva, através da articulação de espaços críticos e reflexivos, onde são considerados os aspectos sociais, dialógicos e situacionais. Em outros termos, por ser um método de pesquisa social, suas contribuições transpassam os meios acadêmicos, ao passo que se compromete com as demandas sociais citadas e faz com que as camponesas atuem diretamente nas ações emancipatórias almejadas.

Caracterizada pelo equilíbrio entre teoria e prática, a pesquisa-ação apresenta a junção de vários métodos, que se completam. Diferente de outras práticas, este método é uma pesquisa feita a partir da inserção do pesquisador no contexto social investigado, fazendo dos indivíduos participantes, parte primordial em sua realização.

Sobre sua relevância social, Demo (1992) considera que a pesquisa-ação é uma alternativa de método que coloca a ciência a serviço da emancipação social, apresentando dois desafios: o de pesquisar e o de participar. Haja vista que sua profundidade está nos participantes e na compreensão dos processos sociais, os quais permitem o desenvolvimento de novas estratégias as quais visam melhorias do contexto pesquisado.

Têm maior reconhecimento as formas de pesquisa-ação que enfatizam a ligação com contextos sociais, nos quais as práticas estão inseridas, e as questões de justiça social e econômica são ressaltadas. Para que isso ocorra, a Teoria de

[1] "A economia solidária é outro modo de produção, cujos princípios básicos são a propriedade coletiva ou associada do capital e o direito à liberdade individual. A aplicação desses princípios une todos os que produzem numa única classe de trabalhadores que são possuidores de capital por igual em cada cooperativa ou sociedade econômica. O resultado natural é a solidariedade e a igualdade[...]" (SINGER, 2002, p.10).

Pesquisa de Ação de Lewin divide o trabalho em etapas, as quais estão inseridas em ciclos.

Na sequência será descrito em que consiste cada etapa e como elas foram distribuídas no decorrer desta pesquisa. O primeiro ciclo é o de reconhecimento, tendo como etapas a coleta de dados e análise, as quais contribuem para o desenvolvimento de hipóteses as quais darão direcionamento às ações. No segundo ciclo, as hipóteses são testadas na prática e as ações são avaliadas, levando-se em consideração as mudanças no cenário (NOFKE; SOMEKH, 2015).

No estudo aqui apresentado, no ciclo de reconhecimento, a coleta de dados aconteceu a partir de levantamentos bibliográficos e documentais, diários de pesquisa de campo e entrevistas semiestruturadas em rodas de conversa.

Através de uma roda de conversa entre as mulheres associadas à AMCEV e a equipe do projeto de extensão, compreendeu-se que para a continuidade das atividades do coletivo, seria necessário um acompanhamento jurídico voltado à atualização e regularização dos documentos da associação junto ao cartório em que está registrada.

Em seguida, foi realizada uma análise dos documentos da AMCEV e identificado que seria necessária a atualização do estatuto, pois o quadro associativo e a organização do coletivo já havia sofrido mudanças significativas em relação ao momento da sua fundação; além da necessidade de se realizar de uma nova eleição, pois a gestão da então diretoria executiva estava prestes a expirar, o que também demandaria a elaboração dos documentos referentes à prestação de contas da gestão em exercício.

No segundo ciclo, foi o momento de testar as hipóteses formuladas, por meio de assistência jurídica e assessoramento nas atividades organizacionais do coletivo.

Os dados para a elaboração dos documentos foram coletados através de visitas de campo, momentos em que ocorreram diálogos importantes entre as camponesas e os extensionistas, possibilitando que o trabalho se desenvolvesse de forma conjunta. Posteriormente, os documentos foram submetidos à aprovação em assembleia, espaço deliberativo em que também ocorreu a eleição da nova diretoria executiva.

Entendendo que, diferentemente da atualização do estatuto, atividade eventual e que requer o acompanhamento e a assinatura de um(a) advogado(a), a troca de gestão e elaboração dos documentos de prestação de contas são atividades permanentes no cotidiano da associação, e não necessariamente requerem o acompanhamento de um profissional. Dessa forma, foram realizadas oficinas voltadas ao desenvolvimento de métodos de organização e elaboração dos documentos, atividades que transcendem o cultivo dos quintais agroecológicos e que, até então, não integravam a rotina das camponesas.

No cotidiano da organização coletiva da AMCEV outras demandas, relacionadas à esfera da formalização da associação, surgiram. Dentre elas, a necessidade de reuniões com a instituição financeira em que a associação tem conta, reunião com a Secretaria de Agricultura e Abastecimento do município e idas ao cartório para o registro e consulta de documentos. Em todas essas ações, as camponesas da direção executiva da AMCEV foram acompanhadas por integrantes do projeto, que prestaram assessoria jurídica.

Para o desenvolvimento das atividades da AMCEV, de cultivo e escoamento da produção, semanalmente os extensionistas realizaram visitas ao assentamento, para acompanhar os processos de produção. Assim, em conjunto com as camponesas, novas práticas foram propostas e testadas, sendo considerada a experiência das mulheres, que têm no cultivo de seus lotes o reflexo de uma vida de trabalho com a terra, e os conhecimentos técnicos que os pesquisadores puderam compartilhar.

A dinâmica de entrega semanal das Sacolas Camponesas também foi uma prática pensada e realizada conjuntamente entre a equipe do projeto e as camponesas. Assim, semanalmente um formulário online era disponibilizado e os apoiadores-consumidores faziam seus pedidos. Com os pedidos em mãos, as camponesas preparavam as encomendas no assentamento, que eram buscadas e transportadas para a UEL com o carro e pelo motorista da instituição. Então, os apoiadores-consumidores retiravam suas sacolas no ponto de distribuição no campus da universidade, local em que os extensionistas ficavam durante o dia para realizar as entregas. Nos últimos meses do projeto, as camponesas passaram a ir ao ponto de distribuição para acompanhar este processo.

Na última etapa do segundo ciclo, que trata de avaliar as mudanças e os resultados, foi organizada uma roda de conversa na qual as mulheres puderam contar novamente suas histórias e promover um *feedback* das melhorias que

aconteceram no decorrer das ações, bem como os pontos que ainda devem ser discutidos.

A roda de conversa, que aconteceu em um café campesino informal, envolveu as mulheres camponesas associadas à AMCEV, os alunos extensionistas, bem como as professoras orientadoras do projeto de extensão. Na oportunidade, todos tiveram seu momento de dividir com o grupo suas percepções sobre as ações desenvolvidas e constatou-se, especialmente através dos relatos das mulheres camponesas, que, durante a pesquisa-ação, com o desenvolvimento conjunto das ações empregadas, tendo sido discutidas e pensadas com a colaboração da equipe do projeto e também das mulheres camponesas da AMCEV, o coletivo pôde se fortalecer e dar continuidade às suas atividades, que oportunizam trabalho e renda às famílias, além da democratização do acesso à alimentos agroecológicos, que serve ao consumo das famílias camponesas e aos apoiadores das Sacolas Camponesas, constituindo um processo emancipatório. Como se percebe no relato de uma das camponesas:

> A UEL veio pra nós como uma ferramenta de como se organizar, de apoio, sabe? Eu fico muito feliz em saber que uma universidade de nome, que é a UEL, uma universidade respeitada tenha esse cuidado com nós da classe trabalhadora rural. [...] Pra nois foi muito importante, muito mesmo, a vinda da UEL pra dentro do assentamento, que a universidade não está só aqui no coletivo das camponesas, a universidade está presente em vários projetos nossos aqui dentro do assentamento e eu vejo como uma ferramenta de suma importância, porque ter um diálogo mais amplo e conseguiu nos inserir em várias demandas que nois sozinhos não íamos conseguir, mesmo fazendo toda essa luta, a gente precisa desse apoio, dessa compreensão e dessa clareza que a universidade tem e teve com a gente, né? (CAMPONESA ASSOCIADA À AMCEV).

Também se comentou sobre os impactos da construção do coletivo e da formação da Associação, para as trajetórias de vida da camponesas, em relação à autonomia financeira e ao reconhecimento que obtiveram:

> E hoje, o maior impacto que eu vejo assim, na construção desse coletivo, na vida nossa quanto camponesas, e das demais companheiras do assentamento é que tivemos assim uma visibilidade maior, sabe? Tem, como tinha pessoas dizendo que a gente não ia conseguir, que a gente não dava conta, e hoje voltaram atrás, né? Meio pros corredor a gente já ouve dizer que "é conseguiram, olha só, tão, sai de combi aí lotada de verdura pra vender". No final do mês as companheiras, sabe? Com o seu dinheirinho já sabem o que podem fazer, já podem planejar a sua vida mensal porque no final do mês tem lá o seu dinheirinho, que é produto, é produção sua, é, elas fizeram por merecer aquele dinheiro e não é só o trabalhar, é o como

> organizar, isso foi muito bom, isso é maravilhoso na vida de uma mulher, principalmente nossa, né? Mulher camponesa que fica aí na roça só cuidando dos seus quintais produtivos e aí a sociedade acha que a gente não é capaz, então pra nós foi um impacto maravilhoso e a partir de nós as outras companheiras também que não estão no coletivo, não se somaram por "n" motivos, mas lá nas suas terras, no seu lote, elas nos estão nos usando como exemplo, cê tá entendendo? [...] (CAMPONESA ASSOCIADA À AMCEV).

Ainda, foi suscitada pelas camponesas a importância da organização coletiva das mulheres para a conquista de espaços da esfera pública, dentro e fora do assentamento, que extrapolam as linhas da comercialização dos produtos, alcançando espaços de discussões e decisões da vida social do assentamento e do município:

> É, a partir do momento em que as meninas da AMCEV começaram a mostrar que somos capazes de produzir, de comercializar e lidar com dinheiro, fazer planos, é, organizar atividades, estar a frente dizendo "aqui não, a gente consegue e podemos! Não é porque somos mulheres do campo que não temos vez e não temos luta" né? Participando de manifestações, indo à luta mesmo, de fato, se organizando pra protestar por melhores condições de vida no campo, né? Nós estamos infiltradas, inseridas, não sei qual seria a palavra, mas no conselho municipal de Londrina, né? No conselho municipal das mulheres, então olha pra você ver como as companheiras do Eli Vive se despontaram! Nós tamo em pontos estratégicos aonde não se falava do campo, e principalmente da mulher, e hoje, já temos companheiras nossas que está inseridas nesses grupos de debate, de formações, de construção coletiva. (CAMPONESA ASSOCIADA À AMCEV).

Destaca-se, por fim, que apesar do encerramento do projeto de extensão da UEL com o grupo de mulheres camponesas, as ações da Associação não foram encerradas. Atualmente, após os esforços do coletivo para reservar parte do valor recebido com a comercialização das Sacolas Camponesas – que foi complementada pela realização de uma campanha virtual de arrecadação – a AMCEV adquiriu um veículo. No ano de 2020, as entregas das Sacolas Camponesas foram realizadas em um ponto comercial no centro da cidade de Londrina, para a rede apoiadores-consumidores que agora é formada também por membros da comunidade externa da Universidade.

3. Economia solidária e transformação nas relações de trabalho: a construção de práticas emancipatórias e a luta feminista da AMCEV

As lutas das camponesas da AMCEV se iniciaram com a ideia de cultivar hortas agroecológicas em seus quintais, além do uso doméstico que ordinariamente acontecia. A ressignificação do espaço das mulheres em suas famílias e na comunidade foi um dado encontrado na pesquisa de campo como uma ação organizacional.

Em formulações teóricas, autoras feministas analisam, pelo viés histórico, a destinação do espaço doméstico à mulher com a afirmação de que este é natural dela, enquanto o espaço público é atribuído livremente ao homem consistente na naturalização. Esta naturalização e a ideia de que as mulheres sempre se ocuparam do espaço doméstico, tirando o caráter sociocultural desta atribuição, é frutífera aos poderosos, pois o espaço doméstico é socialmente desvalorizado. A preocupação foi explicar o mecanismo de naturalização da destinação do espaço doméstico à mulher (SAFFIOTI, 1987).

Há, nessas análises, o cuidado de demonstrar a construção da identidade da mulher e do homem imputada pela atribuição de papéis específicos à cada categoria de sexo. Sendo a eles reservados campos em que podem atuar de forma exclusiva, sendo que, dentre as atribuições, naturalmente destinadas à mulher, está o espaço doméstico, processo de destinação do espaço doméstico à mulher pela sociedade.

Embora essa análise seja coerente para a identificação de mecanismos de subalternização das mulheres pela naturalização, outras teóricas feministas abordam as formas de dominação de forma complexa, o que resulta numa diversificação da luta feminista. Na contemporaneidade, podemos observar uma trajetória de diversidade de demandas nas experiências do movimento feminista.

As indagações sobre as injustiças e opressões sofridas por essas mulheres camponesas seguem, nessa investigação, uma orientação teórica e metodológica cujas questões de gênero são tratadas no contexto das experiências dessa luta social.

Com isso, tanto o gênero quanto a subjetividade têm se demonstrado, entre as estudiosas, como categorias analíticas complexas. Sendo assim, é fundamental a compreensão dos processos de produção das subjetividades, que não podem ser reduzidas a identidades sexuadas estabilizadas no que se convencionou chamar homem e mulher ou masculino e feminino. As

subjetividades são complexas, singulares, heterogêneas e se constituem a partir de diversas marcações da diferença que extrapolam a diferença sexual. Há que se desnaturalizar e problematizar tais categorias, o que não significa negar a experiência de homens e de mulheres enquanto sujeitos empíricos concretos (SCOTT, 1999, p. 4).

Sendo assim, a experiência, problematizada nesta seção, a partir dessa reflexão de Scott, aponta para uma subjetividade como sendo construída não apenas pela dimensão de gênero, mas relacionada a diversos marcadores sociais como raça, classe, etnia, inclusive o meio rural. Ou seja, a experiência se refere às formas de estar e agir no mundo, consigo e com as(os) outras(os).

Com a estratégia metodológica de pesquisa-ação, há uma proposta de reflexão sobre a própria experiência, enquanto categoria, que resulte numa crítica a outras categorias de análise. Para isso, é importante apontar questões sobre quais as experiências da luta feminista no meio rural e quais foram os processos de construção da categoria - campesinato feminista.

Mas, a trajetória descrita na primeira seção sobre esse coletivo de mulheres apresenta a estatura das questões de gênero dentro dessa matriz marxista na organização do MST. Na história desse movimento social, há um processo complexo e contraditório em relação ao gênero específico dessas experiências.

Isso porque, as formas de opressão e violência às quais são submetidas as mulheres dentro do movimento estão em várias dimensões. Sendo assim, compreender a luta das mulheres no MST implica em distinguir diferentes espaços de participação, cujos principais e mais conhecidos são: I) a ocupação, quando com frequência estão na linha de frente nos confrontos armados com o aparato repressivo "clandestino" e/ou estatal; II) o acampamento, onde, apesar das constantes e violentas investidas dos jagunços das fazendas, há uma maior participação política das mulheres e é quando se vive o mais próximo de uma igualdade entre os sexos; e III) o assentamento, quando se percebe um recuo das mulheres para a chamada esfera doméstica.

Mas, a luta pela reforma agrária no Brasil, institucionalizada no MST, nos seus primórdios, se debruçou muito pouco sobre as chamadas questões de gênero. A chamada "questão da mulher" ou estava ausente ou era tratada como assunto interno e, portanto, não necessitava ser publicizada. Apesar disso, ainda nos anos 1980, quando pouco se sabia sobre este movimento, foi organizada uma Comissão Nacional de Mulheres do MST, a qual pressionou para que houvesse grupos de

mulheres dentro dos acampamentos e assentamentos de cada estado. Reivindicava também que as lideranças nos estados e nos assentamentos apoiassem as organizações das mulheres dentro do movimento. Em setembro de 1989, já na primeira edição das Normas gerais do MST, se incluiu um capítulo sobre a "articulação das mulheres", com destaque para "a luta contra todas as formas de discriminação e contra o machismo", além de chamar a atenção para a necessidade de "organizar uma comissão de mulheres em nível nacional, responsável pelas políticas propostas para o movimento". Isto é, observa-se que apesar dos incentivos impressos nos documentos do MST, a presença feminina nas instâncias de poder era pequena. Embora não haja uma sistematização dos dados sobre a atuação das mulheres (GONÇALVES, 2005).

E, dessa forma, a experiência da AMCEV se compõe de um processo de construção de uma interação social por transformações nas relações sociais na esfera pública e nos cotidianos dos seus lares e quintais que implicaram numa luta feminista, cuja defesa pela valorização da mulher camponesa, representa uma ação antissistemas - contra a subalternização das mulheres e as misérias produzidas no sistema capitalista. Essa luta é pelo status da condição da mulher no meio rural num contexto hegemônicos de latifúndio agrícolas em países periféricos que atinge, especialmente, as camponesas.

A partir desse posicionamento da camponesa, considera-se que o conceito de gênero e a categoria mulheres, nessa abordagem, se constrói nas percepções de uma prática política emancipatória. Ou seja, a compreensão crítica sobre as dificuldades das questões de gênero se relaciona com as desigualdades classe, raça, etnia, meio rural geradas a partir da contradição fundante das mais diversas expressões da injustiça social.

Mas, esse debate sobre esse gênero tem rendido uma intensa investigação sobre os termos e suas consequências para teóricas feministas.

Para Haraway (2002), sobre todas essas versões de lutas, as teorias feministas de gênero tentam articular a especificidade da opressão das mulheres no contexto de culturas nas quais as distinções entre sexo e gênero são marcantes.

Sendo assim, enquanto categorias analíticas, gênero e sexo não são anulados pela consciência crítica de sua especificidade histórica e os seus limites culturais. O que representa dizer - gênero é uma categoria útil para a experiência das camponesas da AMCEV. Os conceitos feministas formulados a partir de

gênero evidenciam problemas da comparação cultural, da tradução linguística e da solidariedade política.

Haraway (2004), apesar dessas importantes diferenças, entende que todos os significados modernos de gênero se enraízam na observação de Simone de Beauvoir de que "não se nasce mulher" e nas condições sociais do pós-guerra que possibilitaram a construção das mulheres como um coletivo histórico, sujeito-em-processo. Gênero é um conceito desenvolvido para contestar a naturalização da diferença sexual em múltiplas arenas de luta. A teoria e a prática feminista em torno de gênero buscam explicar e transformar sistemas históricos de diferença sexual nos quais "homens" e "mulheres" são socialmente constituídos e posicionados em relações de hierarquia e antagonismo. Entretanto, o conceito de gênero está intimamente ligado à distinção. A continuidade dos estudos de gênero como categoria para as teorias feministas coloca em debate a superação desse antagonismo no sentido da desnaturalização.

No esforço político e epistemológico para remover as mulheres da categoria da natureza e colocá-las na cultura como sujeitos sociais na história, construídas e auto construtoras, o conceito de gênero tendeu a ser posto de quarentena contra as infecções do sexo biológico. Como consequência, a construção em andamento do que seria sexo ou do que seria mulher foi algo difícil de teorizar, a não ser como "má ciência", na qual a mulher emerge como naturalmente subordinada. "Biologia" tendia a denotar o corpo em si mesmo, e não um discurso social aberto à intervenção. Assim, as feministas argumentaram contra o "determinismo biológico" e a favor do "construcionismo social" e, no processo, tornaram-se menos capazes de desconstruir como os corpos, incluindo corpos sexuados e racializados, aparecem como objetos de conhecimento e lugares de intervenção na biologia.

Pela análise de Haraway (2004), no caminho epistemológico da teoria feminista sobre gênero e sexualidade, destaca-se o trabalho de Judith Butler que argumenta que o discurso de identidade de gênero é intrínseco às ficções de coerência heterossexual e que o feminismo precisa aprender a produzir uma legitimidade narrativa para todo um conjunto de gêneros não coerentes. O discurso da identidade de gênero é também intrínseco ao racismo feminista, que insiste na não redutibilidade e na relação antagônica entre homens e mulheres coerentes. A tarefa é "desqualificar" as categorias analíticas, como sexo ou natureza, que levam à univocidade. Isto exporia a ilusão de um centro interior

organizador do gênero e produziria um campo de diferenças de gênero e de raça aberto à ressignificação.

Nesse sentido, observamos que os sistemas de opressão não estão ligados, somente, a parâmetros homogêneos e universais. Ou seja, o machismo consegue se impor aos cotidianos e, dessa forma, está incutido em diversidades culturais, regionais, étnicas e também de forma global. Assim, a luta pela emancipação das mulheres no sistema capitalista ou noutro sistema social, não se trata de mera associação de lutas de classe com outra diversidade de lutas, seja qual for o marcador social – etnia, nacionalidade, meio urbano ou rural para romper as estruturas repressivas.

Importante observar a descrição apresentada na primeira seção, os quintais agroecológicos fazendo divisa com grande propriedade produtora de commodities com uso de agrotóxico. Além disso, há assentados do Eli Vive produzindo essas *commodities* dentro do assentamento. Isso significa que, ao lidar com sistemas complexos de dominação, a ação emancipatória encontra uma diversidade de obstáculos presentes no cotidiano das relações entre os sujeitos que sustentam as macro estruturas sociais de dominação.

Fraser (2015: 2017) se propõe a tratar essas lutas nos planos de ação anticapitalista das sociedades como o remédio para as crises provocadas nas sociedades capitalistas. Essas crises são provocadas, propositalmente, pela necessidade de acumulação capitalista e se expressam na construção de fronteiras entre a economia, a reprodução social e a política.

Esse modelo de crítica, a partir das crises do capitalismo, representa as novas formulações da autora que se propõe, num outro nível de análise, uma modificação no seu aporte teórico. Isto porque, nos últimos anos, Nancy Fraser publicou uma série de artigos dedicados à articulação de uma nova forma de crítica do capitalismo, na qual este último é concebido não como um subsistema econômico, mas como uma ordem institucional abrangente. Essa reconstrução de seu modelo busca fundamentos nos escritos de Karl Marx e Karl Polanyi.

Esse quadro teórico analisa que os efeitos do processo de acumulação econômica seria, justamente, um comprometimento dessas condições de possibilidade, tornando o capitalismo uma ordem social, inerentemente, instável. Marcado por contradições que se manifestam não apenas na forma de crises econômicas, tais como aquelas analisadas por Marx, mas, igualmente em crises políticas, sociorreprodutivas e naturais, ele não poderia, portanto, ser examinado

sem uma análise das tendências auto desestabilizadoras e das lutas sociais situadas nas fronteiras desses domínios institucionais com a economia (FRASER, 2017, p. 167-168).

Dessa forma, não é exatamente a luta de classe do modelo marxista do século XIX, mas, há nessa nova abordagem, Fraser entende que os anseios das lutas sociais nesse tempo crise se justifica no anticapitalismo. São as lutas de fronteiras ou limites do capitalismo (FRASER, 2015).

Pode-se considerar que o campesinato feminista da AMCEV se propõe a reconectar as fronteiras da crise ecológica e econômica na produção de alimentos agroecológicos com as crises de reprodução de valores sociais nas relações de gênero, por exemplo, estabelecendo uma relação entre a sociedade, política e economia.

Nessa perspectiva, a lutas sociais acontecem neste cotidiano, ou seja, na esteira de enfrentar a microestrutura de opressão. Para a autora, há uma relação entre a ação política e a auto realização que representa a valorização de sujeitos subalternizados.

São estas experiências de reprodução de valores sociais em benefício da ordem social, inclusive na esfera privada e/ou doméstica que revela a necessidade de uma teoria crítica com lastro da luta das mulheres subalternizadas nesse sistema. Por outro lado, o movimento feminista liberal adere a uma ideia que a luta se trata de uma igualdade nos papéis sociais de gênero. Isso resulta num movimento feminista de uma elite social que tratam de separar a economia da sociedade nas crises do capitalismo.

Em outras palavras, não basta reconhecer que a integração social depende de papéis de gênero igualitários em uma institucionalidade econômica e, com isso, reforçar os valores sociais da meritocracia e competição que só beneficia um pequeno número de mulheres em torno do planeta.

Esse raciocínio leva a autoras feministas como Nancy Fraser considerar que a luta feminista é uma luta anticapitalista que se propõe a conectar as fronteiras separadas pelas crises provocadas nessa ordem social.

A luta social está permeada pela classe social e também pela raça, nacionalidade, sexualidade, gênero, etc. Desse modo, o movimento feminista deve se voltar para a resolução das crises contemporâneas para compreender que a

reprodução social que engloba todos esses eixos de dominação na economia, política e sociedade.

A luta feminista da AMCEV se dá num processo construtivo de marcação da condição da mulher nas relações de gênero no meio rural - assimiladas com as demandas de distribuição de terra, condições de produção de alimentos agroecológicos e integração social dos camponeses no contexto de economia solidária. Isso demonstra que, para alcançar uma paridade de participação da mulher camponesa, há ainda, ao mesmo tempo, um processo de generificação da luta social no meio rural.

E a luta feminista, especialmente no que se refere a experiência das mulheres da AMCEV, enfrenta esses diversos conflitos do meio rural no Brasil – trabalhadores sem-terra versus latifundiários, agricultura familiar versus agronegócio de commodities, alimentos agroecológicos versus alimentos com agrotóxicos.

Mas o simbólico da subordinação das camponesas se evidenciou no objetivo de constituir uma associação de camponesas. Por isso, elas se organizaram em torno de uma prática social com fim na integração social na comunidade, plantando alimentos agroecológicos em seus quintais e comercializando dentro de pressuposto de economia solidária.

Diante disso, não há uma associação de demanda que a luta de classes se propõe como uma luta feminista, mas, uma práxis social em seu cotidiano que representa uma ação política emancipatória. Isso é, um modo de agir que busque a integração social nas ações políticas - as formas de produção de alimentos – familiar, ecológica e estabelecendo, para transformações nas relações, questões de gênero, essa experiência para pensar a dinâmica dessa luta feminista. Em outras palavras, há uma defesa pela valorização do modo de ser e agir com vistas na integração social.

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da pesquisa, constatou-se que a experiência das mulheres camponesas que cotidianamente constroem a AMCEV, inseridas em uma lógica de economia solidária e norteadas pelo ideal de emancipação através da prática do campesinato feminista, travando lutas sociais cotidianas, estabelece uma relação de resistência às opressões no sistema capitalista, entendendo a reprodução

social e as relações de trabalho a partir de uma ótica de conciliação com o meio ambiente e os indivíduos, se opondo as relações de exploração e escassez.

Sendo assim, sustentamos que a metodologia de Pesquisa-Ação possibilitou a construção de um movimento emancipatório pelas camponesas, que integraram espaços críticos e reflexivos para a formação das ações do coletivo nas esferas pública e privada, que culminaram na transformação de relações sociais para a superação de limites impostos pela estrutura de opressão que abrange as condições de gênero, classe, raça e o meio rural.

REFEFÊNCIAS

DEMO, Pedro. *Metodologia Científica em Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

FRASER, Nancy. *Fortunas del feminismo*. In: IAEN- Instituto de Altos Estudios Nacionales de Ecuardor: Quito, 2015.

FRASER, Nancy. *Foucault on modern power. Empirical insights and normative confusions* In Praxis International, issue 3/1981, 272-287.

FRASER, Nancy. *Para uma crítica à crise do capitalismo: Entrevista com Nancy Fraser*: In Perspectivas, São Paulo, v. 49, p. 161-185, jan./jun. 2017.

GONÇALVES, Renata. *Vamos acampar?* A luta pela terra e a busca pelo assentamento de novas relações de gênero no MST do Pontal do Paranapanema. Tese de Doutorado, Ciências Sociais, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2005.

HARAWAY, Donna. "Gender" for a Marxist Dictionary: the Sexual Politics of a Word. In: Simians, Cyborgs, and Women. The Reinvention of Nature. Londres, Free Association Books Ltd, 1991, capítulo 7, pp.127-148. (Tradução: Mariza Corrêa; Revisão: Iara Beleli.) In cadernos pagu (22) 2004, p 201-246

HARAWAY, Donna. A Cyborg Manifesto In the Socialist Review, Londres, 1985

JUNIOR, Marco Antonio de Barros; BUZALAF, Márcia Neme. *Eli Vive*: a vida em um assentamento.Trabalho submetido ao XXI Prêmio Expocom 2014, na Categoria Jornalismo, modalidade JO 09 Reportagem em Radiojornalismo (avulso). 2014. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2014/expocom/EX40-1102-1.pdf>, Acesso em 06 jan. 2021, 18:20:00.

NOFFKE, Susan. SOMEKH, Bridget. Pesquisa de ação. In: SOMEKH, Bridget; LEWIN, Cathy. (Org). *Teoria e métodos de pesquisa social.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

POLANYI, Karl. *The great transformation*: the political and economic origins of our time. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SCHNEIDER, Graziela (Org.) *A revolução das mulheres*: emancipação feminina na Rússia Soviética. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

SCOTT, Joan. *Gênero*: Uma categoria útil para análise histórica. New York, Columbia University Press. 1989 / Tradução: Cristine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila.

SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, cidadania e reconhecimento*. São Paulo: Annablume, 2008.

SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária.* 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

SOMEKH, Bridget; LEWIN, Carthy (orgs). *Teoria e Métodos de pesquisa Social*, Petrópolis: Vozes, 2015.

WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel. *O Campesinato Brasileiro*: uma história de resistência. In: Revista de Economia e Sociologia Rural, Piracicaba, Vol. 52, Supl. 1, 2014.

A "UBERIZAÇÃO" E O IMPORTANTE PAPEL JURISDICIONAL INTERPRETATIVO NO RECONHECIMENTO DESTA RELAÇÃO DE EMPREGO

Alice Gomes Rayol
Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro Instituto Três Rios, RJ, Brasil
alicegrayol@hotmail.com

Laura Tonazio de Rezende
Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro Instituto Três Rios, Três Rios, Brasil
adv.lauratonazio@gmail.com

Thais Miranda de Oliveira
Professora de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios- RJ- Brasil- DDHL
adv.thmiranda@gmail.com

Resumo: Identifica-se nas últimas décadas, um crescimento extraordinário no setor de serviços. O desemprego, estimulado pela substituição do sistema capitalista de produção em massa (Taylorismo/Fordismo) para o sistema de produção enxuta, (toyotismo), acabou redesenhando mais uma vez o sistema capitalista, resultando no atual capitalismo de plataforma, ou 4º Revolução Industrial. O setor de serviços alía-se às tecnologias digitais, promovendo a modificação da relação de trabalho que por séculos se pautou no dispêndio da força de trabalho do empregado e no fornecimento de matéria prima e meios de produção pelo empregador. Verifica-se um esforço contratual extremo por parte do empregado, resultando numa relação muito mais assimétrica do que originalmente sempre foi e, o que é pior, com a justificativa de inexistência de contrato de emprego, sob a alegação de que os meios de produção advindo do empregado implica na participação deste nos riscos do negócio, de forma a afastar o reconhecimento do vínculo laboral. Nossa pesquisa visa demonstrar que o Direito do Trabalho precisa ser interpretado, em especial pelo Poder Judiciário, haja vista a omissão legislativa específica para o tema, de forma a acompanhar a nova realidade capitalista, que em razão da pandemia por COVID19, acelerou um processo já em desenvolvimento. Assim, com base nos fundamentos jurídicos existentes no Direito do Trabalho brasileiro, embora interpretados à luz da "uberização" (expressão em sentido lato), inerente ao capitalismo de plataforma, demonstraremos a condição de empregado (e não de autônomo) de trabalhadores em plataforma digitais.

Palavras chave: Capitalismos de Plataforma; Uberização; Precarização; Função Jurisdicional.

Abstract: In the last decades, there has been an extraordinary growth in the service sector. Unemployment, stimulated by the substitution of the capitalism mass production system (Taylorism/ Fordism) for the lean production system (Toyota Production System), redesigned the capitalism system once again, resulting in the current platform capitalism or the 4th Industrial Revolution. The service sector allies to digital technologies, sponsoring a change in the working relationships that for centuries has been based on the consumption of employee's workforce and on the supply of raw material and means of production provided by the employer. There is an extreme contractual effort by the employee, resulting in a much more asymmetrical relationship that originally has always been. The worst is that is justified by the absence of an employment contract, under the claim that the means of production coming from employees implies his participation in the business risk, in order to depart recognition of labor relationship. Our research intent to demonstrate that Labor Law must be interpreted, especially by the Judiciary, due to specific legislative omission about the theme, so it can follow the new capitalist reality which, because of COVID19 pandemic, accelerated an already developing process. Therefore, based on legal foundations existent in Brazilian Labor Law, although interpreted in consideration of "uberization" (expression in broad sense), inherent to platform capitalism, we will demonstrate employee condition (and not self-employed) of digital platform workers.

Key-words: Platform Capitalism; Uberization; Precariousness; Jurisdictional Function.

1. As fases da revolução industrial e o redesenho constante das relações de trabalho

O termo "uberização" vem sendo utilizado para se referir ao modo de trabalho via plataforma de aplicativos, o qual é um dos grandes marcos da chamada quarta revolução industrial. O direito do trabalho é o resultado típico da Revolução Industrial regido pelas inovações na esfera trabalhistas que surgem na sociedade, para oferecer ao trabalhador a devida segurança no desempenho de suas atividades habituais. Nesse diapasão, o novo modo de trabalho via aplicativos é fortemente discutido nos dias atuais, seja pela amplitude que proporciona ao trabalhador, e também, pela precarização e não observância das leis trabalhistas. Para tratarmos do tema, é necessário trazer um panorama das fases da revolução industrial que

culminaram na nova leitura do capitalismo, que se traduz nas novas formas do trabalho.

Nos modelos capitalistas clássicos de exploração de mão de obra é nitidamente possível perceber a relação de emprego que há entre os trabalhadores e os empregadores. Isso se deve mais ao fato de que a relação trabalhista que se conhece hoje, foi pautada nas características desses modos de produção, visto que o Direito do Trabalho é fruto desse processo, que surge devido a necessidade de regrar as relações entre patrão e empregado.

Antes da Segunda Guerra Mundial o modelo de produção utilizado era o criado por Henry Ford, o fordismo, iniciado no interior da montadora automobilística nos Estados Unidos. (GORENDER, 1997 apud MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 43) Uma das principais características trazidas por esse modelo foi a mudança nas tarefas executadas pelos operários, as quais foram simplificadas, basicamente reduzidas a movimentos mecânicos repetitivos. Passaram a se posicionar na beira de uma esteira e a realizar somente uma parte de todo processo, com o objetivo reduzir os tempos mortos dentro das fábricas, aumentar a produtividade, e logicamente, garantir um maior lucro. No entanto, o fordismo era baseado na produção em massa, em grande escala.

Diante do cenário do pós-guerra, no século XX, da forte queda do mercado de consumo, foi necessário implantar outro sistema de produção. Como o mercado consumidor da época estava em retração, insistir no modelo fordista, de produção em larga escala, tornou-se inviável. O modelo que passa a ser implantado é o Toyotismo, desenvolvido também dentro de uma fábrica de automóveis, dessa vez no Japão. Esse sistema ditava uma produção baseada na demanda, denominada "just in time", uma produção em baixa escala e com baixos custos. (GORENDER, 1997 apud MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 43) Nesse sistema o trabalhador desenvolvia as atividades em grupos, dentro do qual desempenhava múltiplas funções nas etapas de produção. Os grupos eram divididos e cada um realizava uma parte do processo de produção. Como a produção era sob demanda, um grupo apenas realizava seus afazeres quando outra equipe solicitasse caso precisasse do que era produzido, marcando o início do processo de flexibilização e, posterior precarização do trabalho.

Ainda, nas lições de Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira e Érica Yumi Okimura:

> O sistema de produção just in time, típico do Toyotismo, objetiva a diminuição de tempos mortos no trabalho pela redução do desperdício de matéria prima, com a supressão dos estoques, e o uso "racional" da força de trabalho, que labora apenas quando há demanda, possibilitando a manutenção de um efetivo mínimo de pessoal, e quando necessário, a prestação de horas que sequer precisam ser imediatamente remuneradas, e que acabam sendo incluídas em um banco de horas para futura compensação em momento de baixa demanda. (OLIVEIRA; OKIMURA, 2013, p. 68)

Tanto no taylorismo, passando pelo fordismo e toyotismo, o trabalho era desenvolvido dentro de fábricas, com carga horária definida, atividades comandadas e regras a serem cumpridas, e foi com base nessas características, em sua própria forma, que se consolidou o conceito de relação de emprego. Mas assim como os avanços tecnológicos, esses conceitos devem ser atualizados e reinterpretados em conformidade com o momento laboral em que se vive.

O modelo capitalista que se conhece hoje é produto da reestruturação que ocorreu no final da década de 60 e início dos anos 70, que trouxe em evidencia a obtenção de lucro sob tudo. De mesma forma, logicamente, houve mudanças no modo de produção para que pudesse ser possível o aumento do rendimento, o que interferiu na revolução industrial e tornou a exploração da mão de obra trabalhadora cada vez mais agressiva.

A partir do modelo toyotista de produção é que a flexibilização e precarização do trabalho se alastra pelas fábricas, impulsionada pelo processo de globalização, além do desenvolvimento tecnológico. As ideologias das políticas neoliberiais, que ganhavam força nos anos de 1980 e 1990, geram novas dinâmicas no trabalho. O bem-estar do trabalhador passa a não ter importância frente a obtenção de lucro. (MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 43)

Nos modelos fordista e toyotista a solidez da empresa era considerada pelo número de trabalhadores que dentro dela desenvolviam seus trabalhos, no entanto, a incessante busca do aumento do lucro fez com que as empresas desses modelos que tradicionalmente tinham concentração de trabalhadores, acúmulo de produção e típicas formas de emprego, não conseguissem competir com o novo modelo de empresa "enxuta", como aponta Daniele Domingos Monteiro:

> As empresas do modelo fordista/taylorista que contavam com acumulação de produção, concentração de trabalhadores, formas mais estáveis de emprego, passam a perder espaço para a empresa enxuta, fragmentada descentralizada, iniciando assim a flexibilização da produção e das relações de trabalho. (MONTEIRO, 2019, p. 67)

Se o objetivo é enxugar a empresa, a tecnologia se torna uma aliada. O processo de automatização se torna mais evidente dentro das fábricas, o que reduz o contingente de força de trabalho humana. Com a escassez de empregos no setor fabril, o setor de serviços passa a ser ocupado por essa camada (desempregada) e por conseguinte, passa a ser visado pelo capital, visto que é um setor em desenvolvimento. Por sua vez, com o interesse do capital no mercado de serviços, esse setor passa também a "aprimorar" maneiras de exploração da mão de obra, dando forma à precarização do trabalho.

Nesse novo modelo de produzir, que ultrapassou as barreiras industriais e atingiu o setor de serviços, a lógica é aumentar o lucro, enxugar a empresa e seus custos. (MONTEIRO, 2019, p. 68). O que chama a atenção é o fato de que o trabalhador passa a ser visto como um custo para a empresa, que deve ter seu tempo cada vez mais controlado, visando a maior produção em menor quantidade de tempo, com o menor número de trabalhadores.

Seguindo a linha de raciocínio construída, é possível identificar um liame entre a precarização do trabalho e o modo como o sistema capitalista se apresenta. A precarização interfere no modo de reunião da classe trabalhadora, pois faz com que o movimento operário, que ganhava força naquela época, seja reduzido, implicando no enfraquecimento dos sindicatos, que perdem posição para o enfrentamento das demandas trabalhistas, de acordo com o apresentado por Ricardo Antunes. (2009, apud MONTEIRO 2019, p. 68)

A novidade não é somente a reestruturação do sistema capitalista, mas também o modo como ele se insere no mercado. Se antes era perceptível sua robustez e identificar suas características, a partir dessa nova versão, ele se apresenta como um "aliado" do trabalhador, como forma de iludir, fazer o trabalhador acreditar que é uma nova forma de ajuda, de fazer com que, principalmente os trabalhadores do setor de serviços, sejam chefes de si próprio, assumindo uma faceta jamais vista, pautada na lógica da maior autonomia do trabalhador. O trabalho sai dos cercados das fábricas, da limitação do espaço físico e passa a estar presente na vida do trabalhador praticamente 24 horas por dia, sete dias por semana.

É nesse momento de reestruturação do capitalismo que há a transição da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, como explica Chaves Júnior:

> Na sociedade disciplinar (FOUCAULT), da fábrica, do capitalismo industrial, havia a necessidade do disciplinamento individual (inclusive no que toca a horário ou assiduidade) do trabalhador. Havia a "linha" de produção. Na sociedade do controle (DELEUZE), do empreendimento de 'produção em rede', é necessário apenas o controle coletivo e estatístico dos trabalhadores, para ajustar o controle à demanda. (CHAVES JÚNIOR, 2018, p.109, apud MONTEIRO 2019, p. 68)

Como explicam Martins e Almeida, a influência do processo de globalização no trabalho possibilita que o processo de produção e desenvolvimento de produtos seja desmembrado, dessa forma, a montagem é feita em locais que gerem economia de recursos, locais onde há mão-de-obra barata. Por outro lado, as pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos continuam nos países sede das empresas. A globalização interfere, também, no mercado consumidor, que sofre aumento significativo, no entanto, os produtos ofertados também passam a ser ofertados com mais diversidade e com diferentes qualidades.

O desenvolvimento tecnológico aliado à externalização da produção para países com mão-de-obra barata, são fatores que contribuíram para o desemprego estrutural, visto que, ao mesmo tempo em que a implementação da tecnologia no processo produtivo diminui as vagas de emprego, devido à automatização, há o aumento da carga horária daqueles que já ocupam algum posto, dando ênfase ao aumento da produtividade. Assim através da busca desenfreada pelo aumento de capital, no início do século XXI, surge a necessidade incessante de baratear o trabalho, uma vez que passa a ser apontado como o principal responsável pelo baixo rendimento econômico da empresa. Como apontado por Martins e Almeida:

> As empresas, utilizando como justificativa o aumento de competitividade em nível global, culpam os custos com o trabalho, vistos como empecilhos para o aumento da lucratividade. Dessa forma, é perceptível o aumento de ataques, de diversos setores, contra as proteções e garantias dos trabalhadores nas últimas décadas, com o intuito de baratear o trabalho. (MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 44)

É nítido que a tecnologia trás mudanças no modo de trabalho, o que gera a flexibilização e necessidade de adequação das normas trabalhistas à atividade laboral. No entanto, evidencia a precarização dos direitos trabalhistas, já que na atualidade o que ocorre não é a atualização das normas do direito do trabalho para a proteção laboral, e sim, o surgimento de seguimentos capitalistas que simplesmente não as observam, sequer são adotadas.

A partir do advento da internet, surgem novas formas de trabalho, como o teletrabalho e a "sharing economy", dentro da qual se encontra a "uberização".

Maurício Delgado (2015 apud MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 45) observa o desaparecimento dos postos de emprego, em virtude do desemprego estrutural, derivado dos efeitos da globalização, na medida em que novas formas de trabalho surgem de maneira mais flexíveis e dinâmicas, como nunca antes vistas, e que marca a ruptura com os modelos clássicos de produção.

Os direitos trabalhistas conquistados com no período de bem-estar social passam a serem hostilizados pelo capital em detrimento da flexibilidade como medidas de redução de custos. Ainda, o conceito de trabalho passa por uma releitura desfavorável ao trabalhador, se baseando nas novas dinâmicas da flexibilidade e novidades respaldadas pela internet e pelas empresas que buscavam expandir suas competitividades. Assim:

> A estrutura do emprego tradicional é desmontada e, como consequência, os direitos e garantias já não são mais suficientes para atender às demandas da nova realidade, tanto pelo lado empresarial como pelo lado do trabalhador. Novos postos de trabalho, mais diversos e fluidos se constroem, necessários para se adaptar a evolução veloz das tecnologias. (MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 45)

O desmonte do estado de bem-estar social, junto à crise derivada do desemprego estrutural, podem traduzir a ideia da "sharing economy". A sensação é de que o trabalho estável e duradouro perde o sentido frente ao novo modelo de vida da nova geração que, quando se deparam com vagas de emprego, são exigidas as mais diversas qualificações e encontram um ambiente de trabalho precário. (MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 46)

É diante desses fatores que surge o capitalismo de plataforma, também conhecido como "uberização", que se utiliza da flexibilização do trabalho. Esse modelo de laboral, mais recorrente no setor de serviços, ainda não possui uma regulamentação própria no Brasil, embora conquiste aceleradamente espaço no mercado de trabalho, se introduzindo em diversos setores e nas mais diversas profissões.

Na "uberização", com o avanço das tecnologias digitais, principalmente a partir do século XXI, se apresenta mais uma faceta da relação de trabalho. Tradicionalmente o empregador arcava com o fornecimento de matéria prima e meios de produção, na medida que o trabalhador contribuía com sua força de trabalho. No capitalismo de plataforma essa relação sofre brusca alteração, tornando-a mais assimétrica, visto que o empregado passa a se comprometer para além da força de trabalho, com os meios de produção, o que reduz a participação

do empregador nos riscos da atividade, que, por sua vez, consegue aumentar sua lucratividade. Já o empregado, que já ocupava antes a posição mais desfavorecida, passa a realizar um esforço extremo, e sem as garantias trabalhistas, pois há, agora, a justificativa da ausência de relação de emprego.

A falsa ideia de autonomia e o risco iminente do desemprego, faz com que o trabalhador se veja obrigado a aceitar essas mudanças. Conforme já relatado, a perda da força de demanda pelos sindicatos, o desmonte do estado de bem-estar social, o enfraquecimento do movimento operário, foram bem arquitetados para possibilitar esse novo estágio de modelo laboral, extremamente precário e desleal com o trabalhador.

A postura de exploração das plataformas virtuais construída nos últimos anos se converge em uma grande contradição, na qual afirmam que trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de trabalho e demanda de clientes, não atende aos elementos configuradores da relação de emprego previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas, já que, segundo o entendimento exarado, o trabalho não se dá para a plataforma, e sim para os clientes. Assumem, nesse sentido, uma função de intermediadoras do trabalho, e que não há que se falar em subordinação, e consequentemente, em relação de emprego, de acordo com o que se extrai:

> O trabalho desemprenhado pelos motoristas na Uber se caracteriza, portanto, pela informalidade e flexibilidade, sendo operado pela empresa apensas de modo intermediário, no qual os meios de produção estão parcialmente com ela (a plataforma digital) e parcialmente com os trabalhadores (os veículos destinados para o trabalho. (MARTINS; ALMEIDA, 2019, p. 49)

Por outro lado, nunca foi tão foi tão fácil regular a jornada do trabalhador, por meio de todas essas tecnologias disponíveis, mas o discurso é mascarado pela ideia de maior autonomia do trabalhador, da inexistência de sujeição e de subordinação, e isso permite uma maior exploração do trabalho, motivo pelo qual essas empresas se intitulam como intermediadoras que conectam a oferta à demanda de serviços, se esquivando da figura de empregador.

Nesse diapasão, o novo modo de trabalho via aplicativos é fortemente discutido nos dias atuais, seja pela amplitude que proporciona ao trabalhador, e também, pela precarização do trabalho e não observância das leis trabalhistas. Ao analisarmos as mudanças nas relações de emprego, é possível observar que a busca incessante pelo o aumento do lucro, em uma sociedade extremamente capitalista,

foi o que motivou o início da flexibilização desenfreada do trabalho. O modelo laboral do capitalismo de plataforma é o reflexo desses fatores, que tende a colocar a relação de emprego em cheque em prol do acúmulo de capital.

2. O capitalismo de plataforma como modelo atual: a suposta participação do trabalhador nos riscos do negócio, como tentativa de descaracterizar a relação de emprego

Historicamente, conforme dissertado anteriormente, considerando a trajetória do sistema capitalista no qual somos inseridos, o homem objetiva cada vez mais, a obtenção de lucros. Karl Marx, em sua obra "O Capital, Volume I", tratou como sendo capitalismo, a relação entre trabalho assalariado e o capital, erigindo à condição de trabalhador produtivo todo "trabalhador que trabalha a serviço do capital" (Marx, 1980, p. 155), logo, subtraímos que a produção do capital descende da mão-de-obra proletariada, o que, de acordo com o pensamento de Marx, conhece-se como "mais-valia".

Ocorre que, como pontuado pelo autor Fábio Siqueira Gaia em seu texto "As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso 'Uber'" (GAIA, Fábio Siqueira, 2018, p. 207), a lógica do capital é estruturada na busca incessante em reduzir as despesas envolvidas na produção, como mecanismo de ampliar a realização da mais-valia defendida por Marx. Então, inferimos que, na visão do empregador, para a obtenção de lucros faz-se necessário um corte de gastos, sendo o trabalho assalariado apontado como foco central.

Ao final do século XX e início do século XXI, foi desencadeada a chamada Revolução tecnológica ou informacional que, pautada em requisitos como otimização e polivalência funcional, integração das funções e redução do número de trabalhadores, operou uma precarização nos meios de trabalho, respaldada em uma falsa ideologia de flexibilização. Nesses moldes, com o decorrer do tempo, sob a prerrogativa de sustentabilidade, surgiu, dentre outros, o termo conhecido como "Economia de Compartilhamento / Sharing Economy" que pregava uma divisão de custos da atividade entre empregado e empregador na busca de um resultado mais rentável, o que, na visão dos críticos, acaba por gerar uma precarização da relação existente entre as partes (OLIVEIRA, 2015).

Dessa ideia, na pós-modernidade, em consonância com o desenvolvimento das TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação, surgiram as novas relações de trabalho, das quais trataremos adiante. Embasados

na praticidade, impessoalidade e ilusão de parceria, os empregadores utilizam dessa nova ferramenta para denegar direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, sob o argumento dessas relações informais, não caracterizarem uma relação de emprego propriamente dita.

Antes de nos aprofundarmos no assunto em tela, imperioso trazer à baila os requisitos configuradores da relação de emprego admitida pela legislação trabalhista e como são alocados no dia-a-dia do trabalhador, de modo que se tornem indispensáveis à legitimação dessa relação e garantia de direitos.

Nos termos da lei trabalhista, uma relação de emprego baseia-se em um compromisso firmado entre um empregador e um empregado enquanto pessoa física individual, de forma onerosa, habitual e subordinada. Por requisitos de pessoalidade e pessoa física, subtraímos que visam demonstrar a necessidade de individualização do trabalhador perante o compromisso firmado com seu empregador, de forma direta e indisponível, bem como que esse compromisso deve ser firmado entre um empregador e uma pessoa física *ipsis litteris.* Compromisso esse que gera uma subordinação, não podendo ser eventual e devendo, por fim, ser compensado com uma remuneração apta a arcar com as necessidades básicas de um homem médio de século XXI.

As discussões que permeiam o objeto de nosso estudo, tratam da suposta inexistência de alguns requisitos supramencionados, o que acabaria fazendo com que as relações de trabalho de plataforma não entrassem no rol das relações tuteladas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Primeiramente, entendemos como trabalho de plataforma, aquele que é realizado mediante o uso das tecnologias de informação e comunicação, as quais proporcionam a praticidade do engajamento a qualquer tempo e espaço e abrange um número de clientes nunca alcançado pelos meios convencionais de mercado.

Conforme mencionado anteriormente, na busca incessante pela obtenção de lucros, aos olhos do empregador, o empregado passou a ser caracterizado o fator mais custoso da relação. Com a Revolução Tecnológica, mais precisamente no final do século XX, nasceram ideias como polivalência funcional, integração das funções e menor número de trabalhadores e, com isso, deu origem a vários movimentos pós-modernos, como, por exemplo, a *uberização*. Dito isso, subtrai-se a necessidade de relacionarmos à nova configuração do trabalho estudada em comunhão com as mudanças tecnológicas trazidas pela Revolução Tecnológica 4.0, de forma que, a *uberização,* marcada pela informalidade e flexibilização, se vale de novas formas de controle (ABÍLIO, 2017).

O movimento foi denominado *uberização* em decorrência da popularização mundial do fenômeno Uber, no entanto, imperioso ressaltar que, mesmo o nome sendo uma espécie de derivação do nome da companhia de transportes por aplicativo, o movimento não se resume à ela, como trataremos a seguir.

A empresa Uber Technologies Inc foi fundada em 2010, afirma em sua página virtual que tem como objetivo "ajudar seus parceiros e usuários a se locomoverem" usando uma plataforma integrada de mobilidade presente em mais de 10 mil cidades do planeta. O Brasil, em agosto de 2020, bateu a marca de um milhão de motoristas conveniados à Uber, distribuídos por mais de quinhentas cidades do país, conforme verificamos abaixo:

Fatos

Indústria	Tecnologia
Fundação	Junho de 2010
Presença em cidades no mundo	**+10 mil**
Presença em **cidades no Brasil**	+500
Presença em **países**	69
Funcionários no mundo	20 mil
Motoristas/entregadores parceiros no mundo	5 milhões
Motoristas/entregadores **parceiros no Brasil**	1 milhão
Usuários no mundo	103 milhões
Usuários no Brasil	22 milhões
Viagens/entregas **por dia** no mundo	12 milhões

Fonte: Equipe Uber, 2020.

Sob a ótica do Direito define-se "parceiro" aquele envolvido num contrato de parceria, muito comum nas modalidades de prestação de serviço, por meio do qual, ambas as partes dispendem esforços equivalentes, destinados à

empreender, cabendo a uma delas a prestação de serviço e a outra o fornecimento de meios e insumos para tal, com esforços em proporcionalidade.

Assim, a denominação "parceiro" utilizado pela Uber, emite uma falsa ideia de parceria em empreendimento, haja vista que o motorista da Uber não empreende de forma alguma. Tenta-se, portanto, associar a ideia de autonomia na prestação de seu serviço, mas na verdade, ele trabalha incessantemente para balancear os custos intrínsecos à atividade, de forma que lhe renda ao final algum pequeno valor, ficando a grande parte do lucro com a plataforma. Tal mudança na denominação deriva da ideia de economia de compartilhamento e da divisão dos riscos da atividade entre empreendedores, o que acaba por transformar uma relação de Direito do Trabalho em um Direito do Colaborador.

Para melhor compreensão, voltemos à economia de compartilhamento, ou então economia "gig". A economia de compartilhamento é um fenômeno recente e que se encontra em rápida expansão. Embora o seu desenvolvimento não ocorra uniformemente no mundo, diversas atividades são realizadas sob esse viés em vários países. Ela permeia duas formas de trabalho, o "crowdword" e o trabalho "on-demand", ou seja, aquele que é demandado em aplicativos gerenciados por empresas (ZANATTA Rafael, A. F., DE PAULA, Pedro C. B., KIRA, Beatriz, 2017, p. 238), sendo esse o objeto do presente estudo.

Considerando a dinamicidade ofertada pela tecnologia, é desafiadora a busca pelos requisitos caracterizadores de uma relação de emprego de forma literal. A doutrina e a jurisprudência encontram-se em constante impasse a respeito da matéria. Em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, a 4ª Turma do TST, presidida pelo relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, declarou a inexistência do vínculo empregatício entre empresa e trabalhador on-demand, conforme verificaremos a seguir:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA. APLICATIVO. UBER. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO. I. Discute-se a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista profissional que desenvolve suas atividades com utilização do aplicativo de tecnologia "Uber" e a sua criadora, Uber do Brasil Tecnologia Ltda. II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à

interpretação da legislação trabalhista (arts. 2º, 3º, e 6º, da CLT), sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconhece-se a transcendência jurídica da causa (art. 896-A, § 1º, IV, da CLT). III. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve, pelos próprios fundamentos, a sentença em que se reconheceu a condição de trabalhador autônomo do Reclamante. No particular, houve reconhecimento na instância ordinária de que o Reclamante ostentava ampla autonomia na prestação de serviços, sendo dele o ônus da atividade econômica. Registrou-se, ainda, a ausência de subordinação do trabalhador para com a Reclamada, visto que "o autor não estava sujeito ao poder diretivo, Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003D86623B9B3F95C. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.2 PROCESSO Nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003 Firmado por assinatura digital em 10/09/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. fiscalizador e punitivo da ré". Tais premissas são insusceptíveis de revisão ou alteração nessa instância extraordinária, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 126 do TST. IV. A relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego. O contrato regido pela CLT exige a convergência de quatro elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica. Esta decorre do poder hierárquico da empresa e se desdobra nos poderes diretivo, fiscalizador, regulamentar e disciplinar (punitivo). O enquadramento da relação estabelecida entre o motorista de aplicativo e a respectiva plataforma deve se dar com aquela prevista no ordenamento jurídico com maior afinidade, como é o caso da definida pela Lei nº 11.442/2007, do transportador autônomo, assim configurado aquele que é proprietário do veículo e tem relação de natureza comercial. O STF já declarou constitucional tal enquadramento jurídico de trabalho autônomo (ADC 48, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE nº 123, de 18/05/2020), a evidenciar a possibilidade de que nem todo o trabalho pessoal e oneroso deve ser regido pela CLT. V. O trabalho pela plataforma tecnológica – e não para ela -, não atende aos critérios definidos nos artigos 2º e 3º da CLT, pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003D86623B9B3F95C. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.3 PROCESSO Nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003 Firmado por assinatura digital em 10/09/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de

> Chaves Públicas Brasileira. exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista, como constou das premissas fáticas incorporadas pelo acórdão Regional, ao manter a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, em procedimento sumaríssimo. VI. Sob esse enfoque, fixa-se o seguinte entendimento: o trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de motoristas-usuários e demanda de clientes-usuários, não se dá para a plataforma e não atende aos elementos configuradores da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, inexistindo, por isso, relação de emprego entre o motorista profissional e a desenvolvedora do aplicativo, o que não acarreta violação do disposto no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal. VII. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.

O julgado demonstra o que vem sendo dito no decorrer do estudo, ou seja, a inexistência de vínculo alegada é pautada em uma falta de requisitos configuradores da relação de emprego, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT e expostos a seguir:

> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

> § 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.
>
> § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)
>
> § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)
>
> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
>
> Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Considerando que o Direito surgiu em decorrência das necessidades humanas, imprescindível que ele caminhe lado a lado à evolução dos fatos. Dito isso, entendemos que a interpretação doutrinária e jurisprudencial quanto à ausência de requisitos configuradores da relação empregatícia, não deveria ser feita tão "ao pé da letra".

O foco do problema concentra-se ao requisito subordinação jurídica, uma vez que, utilizando a estrutura da Uber como exemplo, os trabalhadores possuem controle sobre sua carga horária e *modus operandi,* não sendo assim subordinados ao controle estabelecido pela empresa contratante.

Como supramencionado, imperioso fazermos uma interpretação condizente à realidade tecnológica dos fatos. Em tese, a subordinação jurídica, segundo Antônio Houaiss, significa "estado ou qualidade de dependente; subordinação; sujeição" ou "necessidade de proteção, amparo, arrimo." (HOUAISS, Antônio. 941). Já o sentido jurídico do termo dependente indica, "pessoa que carece das condições financeiras necessárias para custear sua subsistência e, que para efeitos legais, depende de outra" (Ibidem).

No entanto, em meio ao avanço das formas de trabalho, é extremamente limitadora a antiga dicotomia entre trabalho subordinado e trabalho autônomo. Atualmente, existem muitas outras formas de trabalho prestado que fogem da ideia do trabalhador ser um mecanismo do ambiente fabril como acontecia em meio ao fordismo. Passou a ser discutida a ideia de parassubordinação, a qual pressupõe a insubsistência do critério de aplicação do Direito do Trabalho, visto que os processos de externalização da organização da produção tendem constituir uma periferia de trabalhadores considerados, juridicamente, como autônomos, embora englobados e vinculados, quanto ao resultado e outras obrigações, ao empreendimento empresarial.

Nesse sentido, a parassubordinação buscou trazer essa intermediação entre o trabalho autônomo e o subordinado, de forma que esses trabalhadores intermediários não ficassem em um limbo jurisdicional. Amauri Mascaro Nascimento define que "o trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do

trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado." (ALVES, Amauri César, 2005).

Mesmo com a utopia apresentada pelo conceito da parassubordinação trabalhista, ela não se solidificou, vez que os trabalhadores parassubordinados careciam de proteção. A subordinação jurídica, portanto, mesmo questionada, permanece como requisito fundamental ao Direito do Trabalho e, logo, idealizada nas relações de emprego, haja vista ser uma das chaves de acesso à proteção trabalhista.

Diante da necessidade de se fazer presente, a subordinação passou a ser um entrave à regulamentação das relações de trabalho atuais. Doutrina e jurisprudência reforçaram a ideia da inexistência de subordinação por fatores como, liberdade de constituir carga horária e a divisão dos riscos da atividade, como retratado no conceito de *sharing economy* anteriormente, sendo essa presente, pelo fato de os trabalhadores, da Uber, utilizarem seus próprios veículos, esses devendo estar em perfeito estado de conservação e conforto, bem como com seu abastecimento.

A teoria de que não existe a subordinação jurídica pela divisão dos custos da atividade, bem como a onerosidade ser mitigada tendo em vista que os motoristas são pagos pelo próprio consumidor final e ainda, que a habitualidade não se faz presente vez que o trabalhador, por ter um horário flexível, pode ficar períodos sem exercer o serviço e ainda assim continuar vinculado à empresa, não merece imperar, conforme verificaremos adiante.

Conforme mencionado anteriormente, o direito acompanha os fatos e isso acaba por forçar uma mudança na interpretação da estrutura das relações de trabalho por aplicativo. Comecemos sobre o requisito da onerosidade, que, ainda sob a ótica da Uber, não pode ser abrandado. No ano de 2020, a empresa que se considera intermediadora de serviços, cobrava dos motoristas uma porcentagem que podia variar entre 1 a 40% do valor de cada corrida (MOTORISTA ELITE, 2020), ou seja, se um motorista completa 20 corridas no valor de R$ 8,00 (oito reais), considerando a taxa máxima, ao final do dia, enquanto deveria faturar R$ 160,00 (cento e sessenta reais), fatura apenas R$ 96,00 (noventa e seis reais), sendo que R$ 64,00 (sessenta e quatro reais) são direcionados à empresa.

Além da taxa obrigatoriamente devida à contratante, o trabalhador deve arcar com as despesas de seu veículo, como conservação, abastecimento e oferta de conforto, logo, dos R$ 96,00 arrecadados, se considerarmos que a média do

valor da gasolina por litro no Brasil, no período entre setembro e dezembro de 2020 foi de R$ 4,38 segundo a Global Petrol Prices (Global Petrol Prices, 2021), se o motorista abastece seu veículo com 5 litros ao dia, lhe resta R$ 74,10 para as demais obrigações e também sua sobrevivência. Isto posto, mesmo sendo a título de hipótese, é bastante crítico se considerarmos os altos custos de vida, principalmente dos grandes centros. Subtraímos, portanto, que mesmo a corrida sendo paga diretamente do consumidor final ao motorista, ele só recebe efetivamente sua porcentagem, após arcar com todas as despesas obrigatórias e, dentre elas, a taxa da empresa contratante.

Já no que tange ao requisito da habitualidade, não há o que se falar de sua inexistência apenas por haver uma flexibilidade de horário de trabalho. Mesmo que não haja um controle dos horários dos motoristas, eles são levados a cumprir o maior horário possível de trabalho, por vezes ultrapassando a recomendação da OIT das 8 horas diárias e 44 horas semanais, no intuito de auferir maior renda para si, já que, conforme supracitado, dentre tantos gastos, faz-se necessária uma jornada de trabalho intensa para que o serviço seja minimamente rentável, do contrário, trabalhará para pagar. Além do mais, os mesmos são estimulados a baterem metas de horário, a fim de obterem maiores rendimentos, metas essas que são oferecidas pela própria Uber. Logo, o requisito da habitualidade encontra-se plenamente presente e de fácil verificação.

Já o requisito da pessoalidade, ainda que não seja tão questionado como os demais, também levanta questionamentos tendo em vista que, pelo fato do serviço não ser prestado dentro da empresa, haveria a possibilidade de ser cumprido por terceiros não registrados nos quadros da contratante. No entanto, para fazer parte dos quadros da Uber, existe um rígido protocolo a ser seguido. São feitas pesquisas a respeito da idoneidade do motorista, bem como lhe é cobrada uma documentação palpável. Desse modo, infere-se que é um trabalho pessoal e indisponível.

Por fim, quanto ao requisito mais polêmico, a subordinação jurídica, façamos considerações importantes. Primeiramente, importante mencionar que os motoristas sofrem cobranças constantes pela plataforma, mesmo que indiretamente. Cobrança essa, que é operada de forma sutil, para que o trabalhador realize o maior número de viagens possível. Tais cobranças se externam através de mensagens enviadas pelo aplicativo, para que o motorista permaneça *online*, ou então indicando onde está uma maior concentração de pedidos para que assim, sua produtividade seja majorada. (GAIA, Fábio Siqueira, 2018, p. 278) Ademais, a

própria distribuição da atividade é gerida pela empresa, vez que o motorista não tem o controle sobre o preço a ser cobrado no percurso, não podendo por exemplo ofertar preço distinto do imposto pela plataforma, nem mesmo qual será o destino do cliente antes de aceitar a corrida, ou seja, não tem uma autonomia a respeito do seu trabalho.

Outro ponto que explicita a presença da subordinação jurídica, é que a atividade do motorista é controlada através dos algoritmos. As "estrelinhas" presentes no aplicativo, são métodos de avaliação dos usuários, de forma que, se possuir baixa classificação, o motorista pode sofrer sanções, como por exemplo o bloqueio e, até mesmo, ser expulso dos quadros da empresa.

Conclui-se, portanto, que existe uma intensa rede de controle, mesmo que de forma indireta, e que os requisitos presentes nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho estão também presentes nas novas relações de trabalho da pós-modernidade. Mesmo que a jurisprudência e a doutrina estejam manejando intensos questionamentos a respeito do tema, através desse estudo, entendemos que o vínculo empregatício deveria ser reconhecido de forma a garantir maior proteção aos trabalhadores de aplicativos. Tal flexibilização sob a ideia de parceria, faz com que esses trabalhadores sofram um déficit de proteção que lhes é constitucionalmente garantido e vivam em situação juridicamente precária dia após dia, sendo que o direito do trabalho, mesmo não abordando diretamente o assunto, em concomitância com a Constituição Federal, tem aparados suficientes para tutelar essa classe recém chegada.

3. A importância do papel jurisdicional na interpretação jurídica da relação de emprego advinda de atividades por aplicativos de plataforma

Tem sido evidenciado nos julgados dos Tribunais Trabalhistas a tendência de não reconhecimento do vínculo de emprego entre os operadores de plataformas digitais e as mesmas, sobre a alegação de que o Direito do Trabalho está voltado à regular os trabalhos formais na modalidade tradicional.

Isso pode ser evidenciado na decisão da 4ª Turma do TST, Processo nº 10575882019.5.03.000.3, Agravo de Instrumento que indeferiu o recebimento do Recurso de Revista, cuja entendimento do Ministro Alexandre Luiz Ramos, foi no sentido de que a " relação de emprego definida pela CLT(1943) em coo padrão a relação clássica de emprego industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser regidas por lei própria e, enquanto o legislador não edita,

não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego." (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019.)

Entretanto, entendemos que tal tendência de decisão decorre do desconhecimento aprofundado por parte dos magistrados dos detalhes da relação laboral praticada entre as plataformas digitais e os trabalhadores, o que é consequência de instruções processuais superficiais, que não possibilitam por meio dos depoimentos tomados e de fragilidade documental disponibilizada no processo, compreender a verdadeira rotina de prestação de serviço desses trabalhadores. Tal situação é verificada no acórdão do TST a pouco citado, no qual se faz menção à decisão do TRT proferida no processo em segunda instância e que trouxe o entendimento da desembargadora de que a relação existente entre o motorista de aplicativo e a Uber trata-se de uma relação de parceria e não de emprego, o que distancia a compreensão jurisdicional das evidências das pesquisas de campo realizadas sobre o tema e que traduzem-se em doutrinas. Logo, tem-se uma realidade evidenciada pela doutrina que se debruça sobre o tema e outra completamente distinta considerada pelos tribunais brasileiros, essa última infelizmente tratando o Direito do Trabalho como sendo um direito de exceção, realidade essa que se insiste e espera seja transformada, o que somente é possível se o Poder Judiciário, se apropriar das pesquisas realizadas sobre o tema, e tomar a doutrina que as exteriorizam como fontes de aplicação do Direito, de forma a reconhecer o vínculo empregatício no fenômeno laboral dominante atualmente e denominado "uberização"

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. Disponível em:https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalhosubsuncao-real-da-viracao/. Acesso em: 21 dez. 2020.

ALVES, Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. 1. ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR processo 105.75.88.2019.503.0003. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2021.

Equipe Uber. *Fatos e Dados Sobre a Uber*. Uber Newsroom, 27 de agosto de 2020. Disponível em:<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre uber/#:~:text=A%20ideia%20surgiu%20em%202009,S%C3%A3o%20Fr

ancisco%2C%20nos%20Estados%20Unidos.&text=Seja%20para%20uma%20viagem%20de,quando%20e%20onde%20elas%20precisam.)>. Acesso: 21 dez. 2020.

GAIA, Fábio Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos:* o caso "Uber". São Paulo: 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21889/2/Fausto%20Siqueira%20Gaia.pdf> Acesso em: 21 dez. 2020.

_____. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos:* o caso "Uber". São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21889/2/Fausto%20Siqueira%20Gaia.pdf> Acesso em: 21 dez. 2020.

Global Petrol Prices. *Brasil Preços da Gasolina, 11- janeiro-2021.* Disponível em: <https://pt.globalpetrolprices.com/Brazil/gasoline_prices/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1ª Ed., Brasil, Editora Objetiva.

MARTINS, Murilo; ALMEIDA, Victor Hugo de. *A precarização dos direitos trabalhistas no modelo laboral da Uber*. In: FELICIANO, G.G. (Org); MISKULIN, A.P.S.C. (Org). Infoproletários e a Uberização do Trabalho - Direito e Justiça em um novo horizonte de possibilidades. 1. Ed. São Paulo: LTr Editora Ltda.; p. 41-54, 2019.

MARX, Karl. Teorias da mais-valia: história crítica do pensamento econômico (Livro IV de O capital). Vol. I. São Paulo: Civilização Brasileira, 1980.

MONTEIRO, Daniele Domingos. O trabalho sob demanda - Uberização das relações de trabalho e os desafios do direito do trabalho. In: *Infoproletários e a Uberização do Trabalho - Direito e Justiça em um novo horizonte de possibilidades*. FELICIANO, G.G. (Org); MISKULIN, A.P.S.C. (Org). 1. ed. São Paulo: LTr Editora Ltda; p. 67-74, 2019.

MOTORISTA Elite. *Novas Regras Uber e 99 Pop 2020.* Disponível em: <https://motoristaelite.com/novas-regras-uber-e-99-pop-2020/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

OLIVEIRA, N. M. M. N. ; OKIMURA, Érica Yumi . A proteção da vida digna no contexto de aceleração do tempo do trabalho. In: *Direito do Trabalho II*. BARBATO, Maria Rosario; BRANDÃO, Daniel da Rocha. (Org.) 1.ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, V., p. 60-78

OLIVEIRA, Patrick L. S. O Uber e o Mito da Panaceia Tecnológica. 21 jul 2015. Disponível em: < http://www.cartacapital.com.br/sociedade/uber-taxistas-4216.html>. Acesso em: 21 dez. 2020.

ZANATTA Rafael, A. F., DE PAULA, Pedro C. B., KIRA, Beatriz. *Economias do Compartilhamento e o Direito.* Curitiba. Juruá Editora, 2017. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/wp content/uploads/2017/12/Economias_do_compartilhamento_e.pdf#page=238)>. Acesso em: 21 dez. 2020

A "UBERIZAÇÃO" DAS RELAÇÕES DE TRABALHO:
o vínculo empregatício entre motoristas e aplicativos de transporte

Igor Maciel
Uniceub
Brasília/DF, Brasil
contato@profigormaciel.com.br

Resumo: A evolução de tecnologia com o desenvolvimento da internet trouxe consigo uma verdadeira mudança nos hábitos da população mundial, dentre os quais destaca-se a tendência dos indivíduos a contratarem o máximo de serviços com o mínimo de interação social. Nesta perspectiva, surgiu o UBER, aplicativo que oferece serviços similares ao táxi, mas com a comodidade de ser solicitado pelo celular, com pagamento em cartão de crédito e informação do destino via sistema de geolocalização. Em que pese a contratação dos motoristas ser feita sob a natureza de profissionais autônomos, defende-se, neste trabalho, a configuração dos requisitos da relação de emprego havia entre tal profissional e o aplicativo UBER.

Palavras-chave: UBER – Contrato – Motorista – Vínculo empregatício – Configuração**.**

Abstract: The evolution of technology with the development of the internet brought with it a real change in the habits of the world population, among which stands out the tendency of individuals to contract the maximum of services with the minimum of social interaction. In this perspective, UBER was created, an application that offers services similar to taxi, but with the convenience of being requested by cell phone, with payment by credit card and destination information via the geolocation system. In spite of the fact that the hiring of drivers is done under the nature of autonomous professionals, in this work, the configuration of the requirements of the employment relationship between such professional and the UBER application is defended.

Key-Words: UBER – Contract – Driver - Employment Relationship – Configuration.

1. INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas no mundo em razão do avanço das comunicações têm trazido significativa mudança nos hábitos e costumes da população mundial. A internet aliada aos aparelhos multifuncionais tem

proporcionado aos consumidores, sociedades empresárias e demais agentes do mercado uma verdadeira revolução nos tradicionais hábitos até então enraizados.

É que a internet fora apropriada pela prática social, em toda sua diversidade, gerando, inclusive, um fértil debate acerca dos efeitos sociais causados nas pessoas: se o uso excessivo levaria a uma menor interação ou maior isolamento social, através das comunidades e amigos virtuais (CASTELLS, 2003, pg. 99).

Nas palavras de Pierre Lévy (2010, pg. 17), surgiu no mundo uma verdadeira cibercultura, onde o ciberespaço trata-se do novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores, sendo fruto de um verdadeiro movimento social. Assim, o ciberespaço ou a rede são tanto a infraestrutura de comunicação como o universo de informações disponíveis que são por ela abrigados.

Já em obra publicada originalmente no ano 2000, o escritor polonês Zygmut Bauman (2001) nos faz refletir sobre algumas características desta sociedade moderna, dentre as quais destaca o consumismo exacerbado e o individualismo onde as pessoas não mais interagem entre si e são levadas a cada vez mais preocuparem-se apenas com seus próprios problemas.

Para Bauman, inclusive, chega a ser curioso esta nova tendência mundial, eis que, ao mesmo tempo, as mídias sociais estimulam uma verdadeira abertura da intimidade das pessoas, sem contudo, permitir um contato mais real ou sincero (2001, pg. 83).

Neste contexto, os aplicativos de celular que possibilitam ao usuário a solução imediata de seu problema, sem a necessidade de qualquer tipo de interação com outra pessoa têm ganho cada vez mais adeptos. A ideia é que com apenas poucos toques no celular seja possível pedir comida, solicitar um táxi, comprar o ingresso do cinema, enfim, resolver atividades cotidianas sem a necessidade de interação com outro indivíduo.

O UBER, aplicativo criado para facilitar o transporte de passageiros, surge em 2010 nos Estados Unidos. Trata-se de uma plataforma que permite o prévio cadastro de motoristas com seus automóveis e auxilia a interação com os respectivos passageiros usuários do serviço. Seria, então, o aplicativo, um sistema autorregulado, composto por carros que oferecem serviço similar ao táxi. (QUEIROZ e SANTOS, 2015, pg. 27)

De acordo com parecer exarado pelo Dr. Daniel Sarmento, publicado em forma de artigo no ano de 2015 (pgs. 9 e 10), podemos extrair as seguintes características do aplicativo:

i. Os motoristas recolhem cerca de 20% (vinte por cento) do seu ganho para a UBER;

ii. Apenas motoristas profissionais podem ser cadastrados e aptos a dirigir;

iii. Avaliações anônimas são feitas ao término de cada corrida justificando a pontuação de cada motorista. Em um máximo de cinco pontos, os motoristas com pontuação inferior a 4,6 poderão ser descredenciados;

iv. Os automóveis dos condutores devem obedecer a uma série de requisitos;

v. O valor das viagens é calculado com base em fatores como distância e tempo de viagem, sendo possível ao passageiro ter uma expectativa de preço antes de contratar a corrida;

Por fim, destaca-se que amplamente divulgado pelo próprio aplicativo que os níveis de exigência quanto à segurança higiene e conforto dos carros vinculados ao UBER é bem maior que a legislação para licenciamento de veículos.

É por isso que, em estudo sobre os impactos das novas tecnologias no direito brasileiro, Rafael Oliveira e Caio Figueiroa afirmam ser (2016, pg. 158):

> A atividade de transporte individual de passageiros é marcada por uma política de controle tarifário e ao condicionamento de acesso à exploração da atividade por meio de permissão ou autorização do Poder Público. O novo arranjo proposto pela Uber gera um impasse com estas ferramentas estatais, na medida em que as supostas falhas de mercado que antes as justificavam foram, em tese, suprimidas pela tecnologia.

Pretende-se com o presente artigo examinar exatamente qual a natureza do vínculo existente entre o motorista credenciado e o aplicativo UBER. É que a legislação trabalhista brasileira prevê o princípio da primazia da realidade quanto às relações de trabalho, sendo certo que possível se identificar diversos requisitos configuradores da relação de emprego no respectivo contrato.

Ocorre que a contratação entre motorista e UBER é feita sob o manto de um contrato civil, onde (SARMENTO, 2015, pg. 09):

> esses motoristas são empreendedores individuais, que utilizam a plataforma Uber em sistema de "economia compartilhada" (*sharing economy*), que otimiza o acesso e o contato entre passageiros e condutores. Eles são credenciados pela Uber, pagando-lhe o correspondente a 20% do valor que percebem de cada passageiro, como retribuição pela utilização da plataforma tecnológica.

Exatamente porque o contrato de trabalho deve ser analisado sob o manto da primazia da realidade, discutir-se-á incialmente os requisitos da relação de emprego (2), discutindo-se, inclusive a aplicação das disposições legais relativas ao teletrabalho à hipótese (3), para, ao final, concluir-se pelo enquadramento da relação contratual entre motorista e UBER como de natureza empregatícia (4).

2. DOS REQUISITOS CONFIGURADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A configuração do vínculo de emprego passa pela análise dos artigos 2º e 3º da CLT que definem respectivamente empregador e empregado, de onde se consegue extrair os requisitos da relação. Configurados estes, deve ser aplicado o princípio da primazia da realidade e reconhecidos todos os direitos correlatos ao trabalhador.

Isto porque, conforme previsto no artigo 9º, da CLT, serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na legislação trabalhista. Neste sentido, encontram-se vários julgados do Tribunal Superior do Trabalho, dentre os quais se destaca o reconhecimento de fraude à relação empregatícia através da contratação do profissional por meio de cooperativas, quando evidentes os requisitos da relação de emprego[1].

[1]RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. FRAUDE RECONHECIDA NA CONTRATAÇÃO MEDIANTE COOPERATIVA. Delimitada a presença dos elementos configuradores do vínculo de emprego, a reforma pretendida esbarra no óbice da Súmula 126 do C. TST. Recurso de revista não conhecido. MULTA CONVENCIONAL. O STF já firmou o entendimento de que, dado o comando genérico do artigo 5º, II, da Constituição Federal, único dispositivo indicado como violado, não há como considerá-lo isoladamente vulnerado. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 477 DA CLT. Diante da não caracterização de fundada controvérsia a elidir o pagamento da multa do artigo 477 da CLT, não há que se falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 351 da SDI-1. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. MOTORISTA. TRABALHO EXTERNO. A análise da insurgência demandaria o reexame dos fatos e da prova, o

Em primeiro lugar, o artigo 3º, da CLT, estabelece ser empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Destacam-se, assim, quatro elementos, que serão analisados a seguir.

A um, necessário que o empregado seja sempre pessoa física, eis que deverá executar as atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico e com a aquiescência do empregador. (BARROS, 2011, pg. 207).

Por outro lado, o trabalho deve ser não eventual, ou seja, há que se verificar uma certa continuidade na prestação do serviço, não podendo ser um trabalho meramente esporádico ou eventual. Conforme lições de Maurício Godinho Delgado, "para que haja relação empregatícia, é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, ainda que por um curto período, não se qualificando como trabalho esporádico" (DELGADO, 2011, pg. 283).

Outro requisito é a onerosidade, segundo a qual para todo trabalho executado, há que ser paga a respectiva remuneração, eis que a relação empregatícia possui função essencialmente econômica.

Por fim, sob o ponto de vista do empregado, há que se configurar a subordinação jurídica que, para Amauri Mascaro Nascimento (2010, pg. 291):

> é um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado é se submeter a tais ordens.

Já o artigo 2º, da CLT conceitua empregador como "a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço".

Deste dispositivo extrai-se mais um requisito da relação empregatícia: a alteridade. Em verdade, segundo tal requisito, o empregado presta seus serviços sem assumir qualquer dos riscos do negócio, trabalhando por conta única e

---

que impede o seguimento do recurso de revista (aplicação da Súmula 126 do C. TST). Recurso de revista não conhecido. DIVISOR 220. O apelo encontra-se desfundamentado para os fins do artigo 896 da CLT, já que não indicado ofensa a preceito de lei nem apresentada arestos para a demonstração de divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 428 428/2008-064-03-00.0, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 18/11/2009, 6ª Turma,, Data de Publicação: 27/11/2009)

exclusiva do empregador, ao passo que o trabalhador autônomo trabalha por conta própria.

Assim, pelo princípio da primazia da realidade, configurados os requisitos da relação de emprego, esta deve ser reconhecida e as verbas dela oriundas devidamente pagos.

Quanto ao contrato envolvendo motorista e UBER, necessário que sejam tecidos alguns comentários acerca do requisito subordinação, eis que tal princípio deve ser mitigado em casos de teletrabalho ou trabalho fora da sede ou do estabelecimento do empregador (3).

3. DA MITIGAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA EM CASOS DE TELETRABALHO E A CONFIGURAÇÃO DESTE REQUISITO NOS CONTRATOS ENTRE MOTORISTA E UBER

O trabalho desenvolvido fora das dependências do estabelecimento do empregador é conceituado por teletrabalho ou trabalho à distância, cujo controle é feito por meios telemáticos. A jurisprudência trabalhista já reconhecia esta modalidade de trabalho quando a Lei 12.551/2011 alterou a CLT, passando o artigo 6º a ser redigido da seguinte forma:

> CLT. Artigo 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.
>
> Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Em sua tese de doutorado, a professora Ivani Contini Bramante define o teletrabalho como (2003):

> o trabalho, a qualquer título, realizado à distância, não presencial, com o uso prevalente das tecnologias telemáticas e jornada flexível. É um novo modelo de prestação de trabalho atípico, à distância, descentrado, externalizado e flexível, com o uso dos instrumentos da telemática.

Fato é que o incremento da informática produtiva no ambiente de trabalho traz diversas consequências para o contrato laboral, desde o comportamento entre subordinante e subordinado, até a questão da desnecessidade de produção em um ambiente físico fixo. Assim, no teletrabalho,

há que se flexibilizar a tradicional ideia de configuração do vínculo empregatício, eis que nem sempre será possível aplicar-se rigorosamente os conceitos tradicionais que tipificam a relação (BARROSO, 2012, pg. 93).

Neste caso, para o elemento fundamental necessário para se comprovar o vínculo empregatício seria a subordinação jurídica, caracterizada pelo poder diretivo e fiscalizador do empregador sobre o trabalhador (ARRUZZO, 2005, pg. 26).

Contudo, analisando especificamente o contrato firmado entre o motorista e o aplicativo UBER, percebe-se que o aplicativo contém as informações atualizadas em tempo real sobre a localização do condutor, a aceitação de determinada corrida, o trajeto feito, o tempo de viagem, o valor da corrida e, ainda, o índice de satisfação do usuário para com aquele determinado condutor.

Em verdade, acaso o motorista dirija-se ao endereço do usuário de forma mal vestida, sem uma boa aparência, com o automóvel sem uma boa higiene ou acaso conduza a corrida fora dos padrões pré estabelecidos pelo aplicativo, a informação chegará aos controladores da UBER de forma instantânea.

É que ao final de cada corrida, os usuários avaliam o motorista e atribuem a ele uma determinada pontuação que varia de zero a cinco pontos. E, acaso a média de pontuação do motorista for inferior a 4,6 (quatro vírgula seis), este será descredenciado do aplicativo. (SARMENTO, 2015, pg. 09).

Assim, fácil concluir que o poder diretivo do aplicativo UBER sobre a prestação de serviço do motorista é ainda mais evidente e eficiente que o poder de muitos empregadores que controlam seus empregados fisicamente e não mediante meio virtual ou telemático.

Esta a tese de Manuel Martin Pino Estrada, para quem o controle do empregado por meios telemáticos, através de programas de computador, é muito maior que aquele controle feito de forma física. Para o autor, a fiscalização do trabalhador a distância é muito mais eficiente e poderá ser feita, inclusive, quando o empregador estiver dormindo, eis que posteriormente poderá acessar o sistema e verificar qual teletrabalhador fora mais produtivo naquele determinado período (2014, pg. 130).

4. DA ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO NO CONTRATO ENTRE MOTORISTA E UBER

Em que pese diversos motoristas vincularem-se ao UBER como segundo emprego, certo é que a exclusividade não se trata de um dos requisitos do contrato empregatício. Exatamente por isso, o Tribunal Superior do Trabalho tem reconhecido, inclusive, o vínculo de emprego entre policial militar e empresas de segurança, acaso configurados os requisitos da relação[2].

Configurada a subordinação jurídica, analisemos os demais requisitos do vínculo de emprego.

4.1. DA PESSOALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Ao aderir ao sistema do aplicativo UBER, o motorista apresenta, dentre outros documentos, sua habilitação, comprovante de endereço, documentos do veículo utilizado e uma foto pessoal.

Ora, quando da requisição da corrida pelo usuário, este tem acesso aos dados do veículo (placa do carro), do motorista (nome e telefone), além de visualizar, de imediato, a foto para identificação do condutor. Trata-se de mecanismo que visa a facilitar a identificação do condutor e dar mais segurança ao usuário que poderá fiscalizar se o carro solicitado e o motorista enviado são, de fato, os mesmos apontados pelo aplicativo.

Tal fato, na realidade, e nesta seara trata-se de princípio absolutamente forte, demonstra que o motorista do UBER não poderá enviar para a corrida um outro em seu lugar. Se a sua foto lhe identifica para o usuário e o aplicativo atrela seu nome à placa do carro que dirige, a condução do veículo por terceira pessoa certamente conduzirá a uma penalidade contratual.

E não só isso, o usuário do serviço poderá fazer uma denúncia no próprio aplicativo e atribuir àquela requisição do serviço uma pontuação nula, por exemplo. Acaso o motorista possua um índice de pontuação abaixo de 4,6 (quatro

[2]Súmula 386, Tribunal Superior do Trabalho. DJ. 25.04.2005. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar.

vírgula seis), poderá ser descredenciado, conforme ressaltado na introdução deste artigo.

Naturalmente, inexistem dúvidas quanto à prestação pessoal do serviço por aquele determinado motorista.

4.2. DA NÃO EVENTUALIDADE

O motorista vinculado ao UBER recebe sua remuneração segundo as corridas que efetua. Por si só, tal fato já representa a necessidade da prestação de serviços de forma não eventual. É que quanto mais tempo a atividade é desenvolvida, para mais corridas aquele motorista será convocado, aumentando consideravelmente a sua remuneração ao fim do mês.

Além disso, em sendo o controle do trabalho do motorista realizado por meio do aplicativo de celular dotado de sistema de geolocalização, possível ao UBER determinar o período em que o motorista está ou não à disposição para viagens.

Controlando horário, datas, período à disposição e localização, por certo que o aplicativo irá beneficiar os motoristas que mais corridas efetuam e melhor avaliados são pelos passageiros. Conforme pontuado na introdução deste trabalho, motoristas mal avaliados serão descredenciados pelo aplicativo, razão pela qual a eventualidade jamais será uma característica deste contrato.

A regra, portanto, será sempre a prestação do trabalho de forma contínua, quase que diária, sendo este, inclusive, um dos pontos de grande reclamação dos motoristas: o volume de trabalho que precisam desenvolver para conseguir cobrir os custos com a manutenção do veículo, chegando-se a uma exaustão na carga de trabalho[3].

4.3. DA ONEROSIDADE

Segundo artigo do Dr. Daniel Sarmento, construído a partir de parecer formulado através de consulta da própria UBER, os motoristas repassam 20%

[3]http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/08/associacao-de-motoristas-denuncia-uber-por-irregularidades-trabalhistas.html. Acesso em, 04.12.2020

(vinte por cento) do valor das corridas ao aplicativo (2015, pg. 09). Contudo, a análise da transação deve ser feita sobre outro ponto de vista.

Em verdade, no sistema de pagamento do aplicativo (cartão de crédito) as tarifas são pagas diretamente para a UBER e não para o taxista. Aqui, este articulista, enquanto usuário do serviço atesta que todas as informações do cartão de crédito e a própria cobrança discriminada na fatura são feitas diretamente pela empresa, jamais pelo motorista.

Assim, a análise da transação deve ser feita da seguinte forma: a empresa recebe o valor da corrida e repassa 80% (oitenta por cento) do valor para o motorista. É dizer: a onerosidade é característica flagrante no contrato, eis que periodicamente o aplicativo irá apurar os valores das corridas realizadas pelo motorista e repassar-lhe seu percentual quanto ao montante global.

4.4. DA ALTERIDADE

Por fim, a alteridade configura-se uma vez que os custos para desenvolvimento, manutenção, aprimoramento e organização do aplicativo são todos da UBER, jamais do motorista. E não apenas isso, devido ao fato de todas as transações bancárias serem realizadas diretamente com o aplicativo, é deste o risco de eventual fraude ou inocorrência de pagamento pelo usuário do serviço.

Ademais, quando o usuário pretende utilizar o serviço este procura diretamente o aplicativo que deverá disponibilizar qualquer de seus motoristas. O risco da atividade desenvolvida (transportar o usuário) é todo do aplicativo, cabendo a este a cobrança, o marketing e todas as demais formas de relacionamento para captação de clientes e recursos.

Ao motorista caberá o desempenho de suas funções, consoante as regras e requisitos apresentados pelo aplicativo, obedecendo aos critérios de higiene, segurança e conforto.

Denota-se, pois, a presença também do requisito alteridade.

CONCLUSÃO

A era digital trouxe ao mundo moderno significativas mudanças no comportamento social e na forma com que a população adquire produtos e

serviços, causados principalmente pelo uso massificado da internet aliado aos aparelhos portáteis multifuncionais.

O aplicativo UBER surgiu exatamente neste contexto, como uma plataforma que permite o prévio cadastro de motoristas com seus automóveis oferecendo serviços similares aos táxis para os usuários.

A vantagem encontra-se na forma de solicitação da corrida, mediante alguns toques no celular e no pagamento mediante carão de crédito pré cadastrado, trazendo facilidade e rapidez para a contratação do serviço.

Ocorre que, em que pese tratar os contratos firmados com seus motoristas como de natureza estritamente civil, os requisitos da relação de emprego estão todos configurados na relação entre motorista e UBER. Assim, pelo princípio da primazia da realidade, necessário que seja reconhecido o vínculo e, por conseguinte, todos os direitos trabalhistas inerentes ao respectivo contrato.

Isto porque a sistemática do aplicativo permite o controle em tempo real da prestação do serviço por cada motorista, através de um sistema de avaliações instantâneo feito pelos próprios usuários. Acaso o motorista não se porte tal qual estabelecido nas regras do serviço oferecido, este será imediatamente mal avaliado pelo usuário, tendo uma nota baixa atribuída.

Sendo certo que acaso a média de notas do motorista seja inferior a um determinado patamar pré-estabelecido, este será descredenciado pelo aplicativo.

Assim, presentes a pessoalidade, a alteridade, o controle do trabalho transmudado em subordinação, a não eventualidade da prestação do serviço e a onerosidade, outra conclusão não é possível salvo reconhecer o vínculo empregatício existente entre o motorista e o aplicativo UBER.

REFERÊNCIAS

ARRUZZO, André Vicente Carvalho. **Aspectos relevantes do teletrabalho no ordenamento trabalhista.** *In:* Revista da Justiça do Trabalho. Porto Alegre, v.22, n. 256, pg. 23/32, abril/2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 7ª. Edição. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Fábio Túlio. **O teletrabalho e a subordinação virtual após a Lei nº 12.551/2011: novos elementos caracterizadores do Direito**

Extraordinário do Trabalho. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 83/101, set./out. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRAMANTE, Ivani Contini. **Teletrabalho: nova forma de trabalho flexível: aspectos contratuais.** 2003. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: http://tede2.pucsp.br/handle/handle/7903. Acesso em 04.08.2016.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre internet, negócios e a sociedade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho**. Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. **Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática ao Direito Público a partir do caso Uber**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 157-180, abr./jun. 2016.

PINO ESTRADA, Manuel Martín. **Teletrabalho – Conceitos e a sua classificação em face dos avanços tecnológicos.** *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 14, p. 117-133, set./out. 2014.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **O Estado mínimo e os serviços de transporte individual de passageiros: táxi versus Uber – credenciamento como solução consensual viável.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 168, p. 27-35, dez. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: O "caso Uber"**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015.

A PERSPECTIVA DE BEM-ESTAR SOCIAL RESIDUAL DOS TERRITÓRIOS MINERADOS NO NOROESTE DO PARÁ, BRASIL

Priscilla Grimberg
Universidade Federal do Rio de Janeiro - PPED-IE-UFRJ
Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF)
priscila.grimberg@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF
wilsonmadeirafilho@hotmai.com

Resumo: O presente texto pretende atuar de forma interdisciplinar e cotejar elementos em conflitos minerários. O recorte escolhido foi a atuação das indústrias extrativas (IE) de minérios no Noroeste do Estado do Pará, em razão de evidenciar esse conflito modelar. Nesse sentido, num primeiro momento, iremos apresentar o conhecimento acumulado sobre o Welfare State (WS), para, em seguida, confrontá-los com as especificidades nas IE, e por fim, apresentar três breves estudos de caso – nos municípios de Mojú, Juriti e Oriximiná.

Palavras-chave: Mineração – Conflitos socioambientais – Welfare State – Desenvolvimento – Povos e comunidades tradicionais.

Abstract: This text intends to act in an interdisciplinary way and to compare elements in mining conflicts. The chosen cut was the performance of the mining and quarrying industries (IE) in the Northwest of the State of Pará, due to the evidence of this model conflict. In this sense, at first, we will present the accumulated knowledge about the Welfare State (WS), and then, confront them with the specificities in the IE, and finally, present three brief case studies - in the municipalities of Mojú, Juriti and Oriximiná.

Keywords: Mining - Socio-environmental conflicts - Welfare State - Development - Traditional peoples and communities.

Introdução

O acervo de trabalhos sobre conflitos socioambientais no Brasil cresceu exponencialmente nos últimos vinte anos, traduzindo parte do interesse de pesquisadores pelo contraste entre os retomados modelos de desenvolvimento na ordem de grandes projetos como hidrelétricas, mineradoras, indústria eólica,

ampliação da fronteira agrícola, robustecimento das malhas urbanas - e o aprofundamento dos abismos sociais daí derivados, gerando, entre outros, desterritorialização de povos indígenas e de comunidades tradicionais, migrações, habitações precárias e crises hídricas. Nessa escala dicotômica, que tem, de um lado, a força do capital empresarial, muitas vezes aliada do poder político, e, de outro lado, coletivos de trabalhadores ou comunidades tradicionais - a agitar sua força simbólica acionando estratégias de visibilidade via sindicatos ou organizações não-governamentais ou, ainda, provocando a tutela jurídica de órgãos independentes (Ministério Público e Defensoria Pública) – vale aferir como a relação comunidades-Estado-empresas tem se estruturado em casos concretos, em especial a partir de perspectivas analíticas de regimes de bem-estar.

O presente texto pretende atuar de forma interdisciplinar e cotejar elementos em conflitos minerários. O recorte escolhido foi a atuação das indústrias extrativas (IE) de minérios no Noroeste do Estado do Pará, em razão de evidenciar esse conflito modelar. Nesse sentido, num primeiro momento, iremos apresentar o conhecimento acumulado sobre o Welfare State (WS), para, em seguida, confrontá-los com as especificidades nas IE, e por fim, apresentar três breves estudos de caso – nos municípios de Mojú, Juriti e Oriximiná.

1. Economias políticas do Welfare State

Distinções de classe diminuem com a extensão da cidadania social? A partir dessa indagação, o sociólogo sueco Esping-Andersen (1991, 1999) irá propor uma releitura sobre o bem-estar[1] social enquanto modulagem nas análises econômicas e de ciência política, a partir de distinções entre liberais, conservadores e marxistas. O eixo de suas reflexões, que implicam em revisões do quadro conceitual de Titmuss (1974), é o de que as forças históricas por trás das diferenças de regimes[2] são interativas, e as condições próprias de desenvolvimento de democracias irá alterar substancialmente sua configuração prática.

[1] Bem-Estar aqui entedido como: "'uma condição ou estado do bem-estar humano que existe quando as necessidades das pessoas são satisfeitas, os problemas são administrados e as oportunidades [para que as pessoas satisfaçam seus objetivos de vida] são maximizadas' (MIDGLEY, 2009, p. 6).

[2] 'regimes' refers to the ways in which welfare production is allocated between state, market, and households.'(ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 73)

Nesse sentido, o principal objetivo por trás das políticas sociais é o de assegurar a população contra riscos sociais. Entretanto, a forma e o grau com que riscos sociais são agrupados e distribuídos têm consequências muito diferentes e também definem diferentes regimes de bem-estar, entendidos enquanto formas em que a produção de bem-estar é alocada entre Estado, mercado e famílias. Segundo Esping-Andersen, os riscos podem ser internalizados pela família, alocados pelo mercado ou absorvidos pelo Estado.

Os Estados de bem-estar social (Welfare States - WS) foram vistos no pós-guerra como uma terceira via à economia livre de mercado (sem regulação) e ao socialismo (KAUTTO: 2010). Enquanto uma vertente via na socialização dos bens de produção a saída para as mazelas sociais (através da luta de classes), outra vertente tinha a visão da sociedade como conjunto de órgãos, onde o Estado entraria somente no desequilíbrio (junto aos pobres e marginalizados), e um terceiro modelo via uma sociedade de indivíduos livres, cuja cooperação de atores e estratos sociais incluía uma luta política com passagem pelo parlamento.

Para examinar melhor as ponderações do Esping-Andersen necessário apontar as mesmas considerações na leitura clássica de Titmuss (1963), que inaugura uma perspectiva, depois retomada por Giddens (1991), onde o impacto da industrialização levou a emergência de um homem mais individualizado e, por consequência, paulatinamente desestruturado de seus laços de solidariedade. A ampliação dos estados de dependência amplia os serviços sociais e fragilizam as formas tradicionais de correlação, como a família. Por sua vez, a divisão do trabalho, também paulatinamente faz com que o indivíduo não mais se identifique com seu trabalho, cabendo ao Estado promover as compensações sociais necessárias para a manutenção do sistema. O que leva Titmuss a apontar três diferentes regimes: no primeiro, o risco é majoritariamente alocado no indivíduo e a atuação estatal ocorre somente nos riscos ruins, onde o mercado (lugar central do gerenciamento de riscos), não atua. As características principais do regime (Residual) são gastos sociais públicos (educação, saúde e assistência) focalizados e menores. No segundo tipo (Industrial), o gerenciamento dos riscos é alocado na família ou em estratos da sociedade, seus gastos sociais são altos, mas direcionados para estes dados estratos (como por mérito ou desempenho de ser parte de uma instituição: mercado, Estado ou de uma família ou comunidade - onde o membro associado, através do vínculo, recebe e provê assistência social a seus entes). Num terceiro modelo (Institucional), o gerenciamento de riscos sociais é público, numa perspectiva de necessidades sociais e de direitos (de qualquer cidadão). As

características dos gastos sociais públicos têm caráter universal e são os maiores entre os três regimes de bem-estar (Residual, Industrial e Institucional),

Esping-Andersen (1991), para além de Titmuss (1963), estrutura, sob perspectiva sociológica, as características centrais desses 'três mundos', sendo as principais, segundo ele: o modo dominante de solidariedade (individual, segmentada-estratificada, ou universal), o lugar principal da solidariedade (família, Estado ou mercado), o papel do Estado (central, marginal ou complementar) e o grau de descomodificação dos indivíduos (mínimo ou máximo) - entendido como independência do mercado para viver. Os três mundos (Liberal, Conservador–Corporativo e Social-democrata), representados por três países modelo (USA, Suécia e Alemanha) são para o autor, a 'personificação de determinada economia política (relação Estado-Mercado) traduzidos num Regime de bem-estar (KERSTENETZKY, 2012).

Objetivando a análise dos Regimes, Esping-Andersen (1991) define três eixos da provisão do bem-estar, sendo: (1) o percentual de gasto público-privado (como o Estado de bem-estar (WS) aloca benefícios para a população), (2) a desmercantilização (como indivíduos têm ganhos independente do mercado) e (3) a estratificação social (para quem os benefícios são direcionados, esperando que se eliminem os estratos). Compreendendo os novos riscos e necessidades sociais das sociedades pós-industriais e num esforço de integrar os pilares de solidariedade (mercado, Estado, família), Esping- Andersen (1999) confirma os três eixos anteriores e adiciona um 4º eixo na análise: a desfamiliarização- provisão de bem-estar independente da família. Observamos que essa tipologia teórica, apesar de limitada como qualquer tipologia estática, permite o entendimento das origens da formação política (e do próprio país) e características institucionais do regime (KERSTENETZKY, 2012).

Originados nos princípios e nas coalizões de apoio às decisões de alocação de riscos ocorridas na história de um país ou de um bloco de países, os regimes de bem-estar apresentam resultados bem diferentes entre si. Não por acaso, o grupo de países que decide pelo gerenciamento público de riscos sociais (cada vez mais coletivos e imprevisíveis) e permite com isso, que qualquer cidadão (independentemente de sua família, capacidade financeira, ou associação-segmento do qual faça parte) esteja protegido, alcança melhores resultados de desemprego, pobreza e desigualdade com economia robusta. Com maior gasto social e também com maior tributação (não dependente de contribuições, mas de impostos), os casos dos países escandinavos ilustram esse grupo exemplar, que

desempenhou melhor do que os demais regimes (Liberal e Conservador-Corporativo) nas sociedades industriais, assim como o faz na sociedade pós-industrial de hoje (KERSTENETZKY, 2012; KERSTENETZKY e KERSTENETZKY, 2015).

Em decorrência dos riscos de um mundo globalizado e cada vez mais competitivo (REICH, 2007), o redirecionamento dos regimes de bem-estar visou uma adaptação para maior ativação do cidadão (direitos e agência) aliado ao compromisso com igualdade de oportunidades. Enquanto o WS do pós-Guerra enfrentava os riscos ligados ao mercado de trabalho industrial (mais estável e menos segmentado por trabalhadores mais e menos qualificados) através do apoio ao pleno emprego, atualmente, numa economia fluida e de serviços, com mercado de trabalho fortemente segmentado e desemprego duradouro, onde a desigualdade de renda e a pobreza são amplificadas, só se reforça a necessidade de um Estado de serviços sociais robusto, com mais distribuição primaria de renda para fazer frente ao exército de desempregados da sociedade contemporânea. Enquanto o WS do pós Guerra enfrentava os riscos do ciclo de vida com a função clássica de redistribuição e oferta de serviços (educação e saúde), atualmente é necessário um Estado que, para além disso, incorpore um papel ativo na mobilidade ocupacional, na promoção de emprego (ESPING-ANDERSEN, 1999; KERSTENETZKY, 2012) e nas políticas de cuidado, que possibilitem, por exemplo, crescimento econômico via participação das mulheres no mercado de trabalho.

O entendimento do Estado como esse ator viável, lócus e principal provedor de bem-estar (KERSTENETZKY e KERSTENETZKY, 2015), aborda a compreensão administrativa do Estado (atuando positiva e proativamente na transformação econômica) e a sua dimensão política (atuação para cidadãos vis a vis para elites). Em perspectiva evolucionária, esse ator-Estado se modifica com o tempo, através de embate de ideias e coalizões, passando de um Estado de poder a um Estado desenvolvimentista, fundamental para a trajetória econômica, até suas novas interpretações (fim sec. XX), que apresentam um Estado mais responsivo e democrático (aberto a agencia dos indivíduos nas decisões sociais e assim, mais legítimo). O Brasil (de 2000 a 2010) e a Coréia (de 1980 a 2000) são exemplos de experiências até então exitosas citadas por Kerstenetzky, da união das dimensões administrativas e políticas de um Estado, que conjugavam WS robusto (promovendo crescimento econômico com redução de pobreza e desigualdade) e a democracia.

2. Indústrias extrativas e suas especificidades

As empresas - como um dos atores sociais - vêm modificando a sociedade e sendo modificadas por ela ao longo da história. Interligadas à atuação do Estado e à economia política dos países onde atuam (GOND; KANG; MOON, 2011), seu posicionamento social reflete e se confunde com os dilemas do próprio desenvolvimento (BEBBINGTON e HUMPHREYS BEBBINGTON, 2018). De uma visão estritamente econômica (lucros e contribuição para sociedade via geração de empregos e efeitos multiplicadores da renda gerada) aos poucos, vão incorporando a dimensão ambiental, chamada de 'ambientalismo empresarial', expresso nos movimentos de ecoeficiência (VINHA, 2010) – e, mais recentemente, de economia circular, e por último, a dimensão social (ENRÍQUEZ, 2011; GRIMBERG, 2016). Em termos gerenciais, o caminho das empresas para fora de sua concha econômica passa por abordagens diferentes e às vezes concomitantes (DOUCIN, 2011; GRIMBERG, 2016). Tem inicio com a filantropia de seus proprietários (propiciando melhores condições para seus funcionários e áreas do entorno de suas instalações) e aos poucos ganha olhar mais estratégico, baseado no gerenciamento de riscos e das oportunidades (empresariais).

Seria lógico então supor que as empresas apoiariam um Regime de bem-estar do tipo liberal (ESPING-ANDERSEN, 1999), visto que elas seriam as maiores beneficiadas no provimento deste tipo de produto-serviço ou apoiariam um regime do tipo corporativo, visto que a origem da RSC se associa ao benefício de seus próprios funcionários? Não parece ser o caso expresso no discurso das extrativas, especialmente no século XXI, devido a uma série de fatores principais, em especial a resiliência ou até inevitabilidade da *maldição de recursos* (quanto maior a abundância de recursos naturais, menor o desenvolvimento humano) que assola os territórios minerados e por consequência, a própria reputação e atratividade da atividade mineradora.

O debate acerca da relação entre setor extrativo e bem-estar não é novo e nem tampouco homogêneo. A dúvida se estes recursos naturais são bênçãos ou maldições segue mais atual do que nunca, como veremos adiante. Se, por um lado, eles possibilitam que se faça a uma transição da pobreza para, no mínimo, um status de renda média em uma única geração, por outro lado, vêm carregados de conflitos e de exclusão social (UNU-WIDER, 2018). Seu significativo impacto em termos macroeconômicos nos países de baixa e média renda se expressam e são mais visíveis em nível nacional, como ampliação de receitas governamentais,

exportações e investimentos diretos externos (UNU-WIDER, 2018, p. 345). Todavia, dos 81 países guiados por esses recursos, 80% tem renda *per capita* abaixo da média mundial e desde 1995 não alcançam essa média global e 50% deles não tiveram *catching up,* ou seja, não tiveram bons níveis de recuperação econômica (CAMERON e STANLEY, 2017, p. 3). Esses países performam tipicamente menos (nos indicadores de desenvolvimento humano, degradação ambiental e instabilidade política) em relação a outros países e essa relação (extrativas - bem-estar) segue fortemente questionada. Os desafios (oriundos por fatores técnicos ou não políticos), identificados por contribuir com a maldição de recursos, são: (a) a volatilidade das receitas das commodities, (b) a chamada *dutch disease* (literalmente, "doença holandesa", relaciona-se, a partir de caso na Holanda dos anos 1960, a assinalar uma combinação entre excesso de rendimentos, pressão cambial e a propensão para importação, resultando o desinvestimento de outros setores produtivos), e (c) a exaustão dos recursos naturais - que são finitos (CAMERON e STANLEY, 2017, p. 23) e em algum momento, param de render. Já os desafios não técnicos se conectam com os contextos sociopolíticos que usualmente têm os fatores técnicos (contratos, direitos lucros, entre outros) como fonte de conflito entre grupos de interesse (principalmente comunidades e elites), além de instabilidade política e corrupção (UNU-WIDER, 2018).

Para além dos resultados negativos e da proporção dos desafios mencionados acima, onde mais países são dependentes das IE (UNU-WIDER, 2018), a expansão do setor segue a passos largos, seja pelos novos grupos de países entrantes, pelo potencial de reservas ou pelo papel que a mineração tem para a transição para uma economia descarbonizada. Segundo o Banco Mundial, uma nova geração de Estados ingressou e está a ingressar no grupo de produtores minerais devido, principalmente, aos altos preços e robustos investimentos. O contexto global mostra um "potencial dramático de reservas a serem descobertas" (UNU-WIDER, 2018, p. 8), sendo que 35% delas estão em países de baixa ou média renda e sua maioria na África Subsaariana (CAMERON; STANLEY, 2017).

As consequências sociais e econômicas das atividades extrativistas surgem de dois canais principais: primeiro, o canal da indústria e, em segundo, o canal de gastos públicos. Diretamente dos gastos das indústrias se encontram as despesas de investimentos e operações, ambas com possibilidades de geração de emprego-renda e desenvolvimento de competências. Uma terceira via de despesas diretas está nos programas nas comunidades impactadas direta e indiretamente pelas operações extrativas- chamados de investimento social privado (ISP) ou

desenvolvimento comunitário e, normalmente, estão inseridos no âmbito da Responsabilidade Social Corporativa (RSC).

A distribuição média dos gastos das extrativas é de 15- 20 % para o governo, 15 a 20% para acionistas, 50% a 65% para operação (infraestrutura, empregados e compras) e 1% para investimento social privado (MACDONALD *et al*, 2015, p. 8).

Já os gastos da indústria direcionados ao governo (via impostos ou outras receitas geradas pelas atividades extrativas), podem ser aplicados diretamente para a promoção do bem-estar (políticas de saúde, educação, assistência social e ativação de mercado de trabalho) ou indiretamente- via infraestrutura, por exemplo (OTTO, 2010; UNU-WIDER, 2018, p. 487).

Os impactos da instalação e operação da mineração (variando em diferentes fases dos projetos) são de toda ordem. Além dos impactos oriundos do vultuoso fluxo financeiro (oriundo de royalties e taxas), na questão ambiental, eles estão ligados à água (poluição e escassez, dada a produção intensiva em água da atividade), a contaminação por materiais tóxicos, poluição do ar, perda da biodiversidade, pressão em áreas com particular vulnerabilidade e mudanças climáticas (mineração de carvão como parte da cadeia de geração elétrica), onde a mineração "é a maior colaboradora para o aquecimento global" (CAMERON e STANLEY, 2017, p. 255).

Em termos sociais, impactos positivos estão associados à criação de empregos, desenvolvimento de competências e educação, além de melhorias em infraestrutura local. No tocante a questões sociais, estas englobam conflitos e relações comunitárias, direitos de povos tradicionais, aquisição de terras e reassentamento, violações de direitos humanos, dependência comunitária, dentre outros (CAMERON e STANLEY, 2017).

Importante salientar que os impactos socioambientais, especialmente em territórios rurais, são conectados, uma vez que pobreza também pode se originar de meio ambiente degradado do qual as comunidades rurais dependem para seu sustento.

Pelo breve exposto, fica claro que a atividade mineral impõe muito mais pressão aos velhos e novos riscos sociais (BONOLI, 2006; ESPING-ANDERSEN, 1999; KERSTENETZKY, 2012), e possibilita, através do significativo aporte de capital, oportunidade de transição para um WS ou modelo que permita bem-estar na acepção da palavra. A gestão das atividades extrativas e

em especial, seus recursos financeiros (tanto os diretos quanto os indiretos), são cruciais para que a riqueza mineral possa ser traduzida em bem-estar local (CAMERON e STANLEY, 2017; ENRÍQUEZ, 2018).

3. Territórios minerários no Noroeste do Pará

Os riscos sociais do século XXI evidenciam a necessidade de prover bem-estar aos indivíduos (qualquer um), independente da sua família (ou coletividade) e/ou capacidade financeira. Também é ponto pacífico que "as políticas públicas implementadas pelos países desempenharam um papel central no processo de redução da desigualdade no século XX" (PIKETTY, 2013, p. 259). Na prática, isso se reflete em como o WS aloca benefícios para a população (percentual de gasto público-privado), para que indivíduos tenham ganhos, independentes do mercado (desmercantilização), independentemente de suas famílias (desfamiliarização) e de forma que se eliminem os estratos (estratificação social) - (ESPING-ANDERSEN, 1999).

O retorno da centralidade do papel do Estado é notório e textual nos documentos do Banco Mundial (2017) e do World Institute for Development Economics Research of the United Nations University (UNU-WIDER, 2018). Para eles, o Estado é o principal gestor de riscos sociais e assim deve ser. O Estado de bem-estar que o debate das extrativas apresenta é de um Estado responsivo, transparente e comprometido com sua população (ao invés de elites), do tipo Estado desenvolvimentista em noção mais ampla (KERSTENETZKY e KERSTENETZKY, 2015). Entretanto, enquanto o Banco Mundial se debruça mais sobre a dimensão econômica do desenvolvimento nas complexas etapas da cadeia de valor do setor e nos gastos diretos da indústria (oportunidades na operação, seja na cadeia de abastecimento ou em cadeias de apoio), a UNU-WIDER (2018) põe forte ênfase em visão integrada (socioeconômica), via um WS robusto e financiamento de gastos sociais públicos oriundos de receitas das extrativas. Nesse sentido, o WS proposto pela UNU-WIDER se assemelha mais ao tipo Social-Democrata (ESPING-ANDERSEN, 1999), na maioria dos eixos da provisão do bem-estar propostos, a saber: (1) o lugar dominante de solidariedade que é público, via provisão pública de serviços e seguridade através de um WS cujo (2) modo dominante de solidariedade é universal para todos os cidadãos dos países mineradores, promovendo (3) bem-estar com um alto investimento em gastos sociais. Importante salientar que o caso de Juruti, no Pará, e o acordo proposto pelo Ministério Público também se aproximam deste modelo,

uma vez que o executivo municipal é parte do Conselho Gestor da fundação criada para esses fins, representando a presença do Estado, embora não haja informação de algum tipo de comprometimento de alocar receitas municipais provenientes de royalties neste fundo ou mesmo a coordenação de políticas públicas com fins de promoção de bem-estar. Não foram encontradas políticas específicas de cuidados de idosos ou creches para prover independência da família na provisão de bem-estar, embora considerem recorte de gênero para promoção de emprego feminino, dado o impacto especifico das extrativas nesse público.

3.1. Jambuaçu (Mojú-PA) e VALE

788 famílias (em torno de 4 mil pessoas) de 14 comunidades quilombolas vivem em Jambuaçu, no município de Mojú, no Pará. Sua subsistência está intimamente relacionada à natureza ao seu redor (FONSECA, 2011). Em desagrado aos impactos ambientais e descumprimentos contratuais e condicionantes da mineradora Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), os quilombolas de Santa Maria bloquearam os canteiros de obra da indústria extrativa (2006) e amplificaram o conflito ali existente. Em janeiro de 2018, a CVRD (agora: VALE), é condenada a implantar um programa de geração de renda para 58 famílias e, enquanto não o efetivar, pagará a cada uma, a título de indenização, dois salários mínimos mensais. Em recurso, o Ministério Público Federal, alegando o dano para toda a população quilombola, requer indenização para todas as 788 famílias.

3.2. Lago Velho (Juruti-PA) e ALCOA

49 comunidades ribeirinhas (em torno de 9 mil pessoas) vivem às margens do lago em Juruti Velho, no município de Juruti, no Pará. Sua subsistência também está intimamente relacionada à natureza ao seu redor. Em desagrado aos impactos ambientais e descumprimentos legais da mineradora (ALCOA), ribeirinhos ocuparam os acessos às instalações da indústria extrativa (2009) e amplificaram os conflitos ali existentes. Em 2015, a ALCOA assina um Termo de ajustamento de Conduta (TAC) para criação de uma fundação (fundo) destinada a gerenciar investimentos de indenização de perdas e danos e a título de direito superficiário e outras origens, devidas aos comunitários da região de Juruti Velho, em razão da extração mineral (MPE-MPF, 2015). O modelo inédito proposto pela MPF-MPE conta com um Conselho curador diverso, incluindo o governo local, e ainda se

encontra sob implementação (2020). Sua mecânica consiste na utilização somente da renda excedente (protegendo o capital principal) em projetos coletivos e de transferência direta para famílias. Sua proposta vem em contraposição ao modelo autônomo (DEMEDA e CARVALHO, 2018), onde as comunidades da região de Juruti Velho, através de sua associação (ACOJURVE) seriam as gestoras exclusivas das receitas.

A mineradora está obstada de ingressar no Lago grande sem atender primeiramente a requisitos do Código de Mineração e do licenciamento ambiental.

3.3. Alto Trombetas (Oriximiná-PA) e MRN

37 comunidades quilombolas (em torno de 10 mil pessoas) vivem no entorno do distrito de Alto Trombetas, no município de Oriximiná, no Pará. Sua subsistência também está intimamente relacionada à natureza ao seu redor (ANDRADE, 2018). Em desagrado à pesquisa da Mineradora Rio Norte (MRN), sem Consulta Livre Prévia e Informada, os quilombolas fizeram ato público (2013) e amplificaram os conflitos ali existentes, originados pela indefinição fundiária (com reflexos diretos nos processos ocorridos nos territórios e consequentes rendas financeiras oriundas destes). Em 2015, a MRN propõe um Programa de desenvolvimento (Programa Territórios Sustentáveis - PTS), tendo como um dos seus cinco eixos, o eixo quilombola, que visa a estruturação da Gestão territorial - composta por um plano de vida, um mecanismo financeiro para concretizá-lo e o fortalecimento das capacidades das associações locais (09) para geri-los. O modelo inédito, proposto pela MRN e suas ONG´s parceiras, provê um olhar integrado sobre o território (temas ambientais, sociais, econômicos) partindo do ponto de vista e da construção dos próprios beneficiários (no caso os quilombolas) que definiram um Conselho gestor para o processo (para cada um dos 8 territórios), até a etapa atual sem a participação de atores externos, incluindo o governo local (GRIMBERG, 2019). Sua mecânica de gestão financeira consiste na utilização da renda (oriunda de condicionantes de licenciamento) em projetos coletivos e definidos no "plano de vida", aliada à possibilidade de transferência direta para as famílias. A gestão territorial quilombola conta com o término de 7 planos de vida territorial, com a implementação de 2 mecanismos financeiros piloto e associações em processo de fortalecimento e regularização. O recurso financeiro destinado somente para os pilotos foi oriundo de doação da MRN (condicionada por processo de licenciamento), o qual poderá vir a receber, no futuro, novas receitas de novos licenciamentos, advindos de recursos dos royalties dos superficiários e

de perdas e danos (cfe. Código de Mineração, Decreto-lei n. 227/1967) vinculados à titulação das terras. Recentemente, foi feito um seminário com o Ministério Público e quilombolas (com base nos resultados iniciais da experiência de gestão territorial quilombola), com vistas a construção de modelo de atuação das extrativas no Alto Trombetas. Paralelamente, a MRN segue com a negociação com quilombolas (território Alto Trombetas 2 - AT2) para autorização de pesquisa mineral do platô ZCO em AT2.

Considerações finais: para o bem-estar em territórios minerados

Observamos que nos três estudos de caso apontados – Mojú x VALE, Juriti x ALCOA e Oriximiná x MRN, a promoção de bem-estar sequer foi pauta originária na relação de política de Estado, muito menos enquanto matriz de Responsabilidade Social Corporativa por parte das empresas, mas, contrariamente, enquanto resultado de luta identitárias e de resistência por parte de povos e comunidades tradicionais expropriados. O que resulta numa perspectiva de bem-estar residual (ESPING-ANDERSEN, 1991), pois eventuais aportes sociais ocorrem enquanto reflexo de judicializações ou de enfrentamentos políticos pontuais, resultando, nas melhores hipóteses, em compensatórias que se revestem de ares de gestão cooperativa, em grande medida artificializadas.

Ao buscar responder acerca do conhecimento acumulado sobre bem-estar, entendemos que os riscos sociais (antigos e novos), são seus principais impeditivos (antes e agora), e ao mesmo tempo, são os blocos para a construção de sociedades mais inclusivas. Como apontamos, nos casos de Moju e de Alto Trombetas, as famílias ou as comunidades têm o papel de principais gestores de riscos sociais. A alocação de recursos (das extrativas) é direcionada diretamente para elas, trazendo um papel marginal para o Estado. O lugar dominante da solidariedade encontrada no tipo do regime de bem-estar dominante em Moju e Alto Trombetas é público, embora o sentido simbólico da provisão do serviço ou da seguridade venha do setor privado, uma vez que o repasse ocorre direto da indústria extrativa para a família/comunidade, inviabilizando a atuação e gestão estatal para a provisão de bem-estar e gerando errônea percepção de que aquela ação ou receita é da indústria. O modo dominante de solidariedade desses casos é universal, visto que envolve todos os quilombolas da Calha Norte e ribeirinhos do Lago Velho, mas no caso de Moju, o modo é dualista, visto que somente beneficiou aproximadamente 70 pessoas. Não há em nenhum dos casos analisados, sinais claros para acordos envolvendo o governo municipal para

implementação de políticas de descomodificação (gastos sociais como percentuais do PIB) ou mesmo de desfamiliarização (proteção social independente da família), mesmo considerando o elevado percentual de royalty mineral que esta esfera abocanha.

A análise das características dos regimes de bem-estar aponta para o Estado como o melhor lugar da solidariedade e os exemplos de sucesso da história mostram WS robustos (via combinação de políticas sociais e econômicas de qualidade e universalistas) e democráticos (via ampla participação de cidadãos na formulação e acompanhamento dessas políticas públicas). Mas a ação do Estado nos casos apontados, ainda que crucial, foi a de, literalmente, *promotor da cidadania*, através da atuação do Ministério Público, fortalecendo as culturas identitárias e a plataforma reivindicatória das comunidades tradicionais. Os aparelhos dos executivos estadual e municipais se mostraram ineficientes em todos os casos e a RSC das empresas atua, na maioria dos casos, como Estado de fato, inclusive em níveis oligárquicos e populistas, mensurando seus gastos residuais na margem orçamentária prevista (1%).

Com isso, os riscos sociais estão materializados e concentrados principalmente nos territórios rurais que, da mesma forma, também guardam as principais oportunidades de proteção e promoção socioambiental. Essa dita materialização e concentração dos riscos sociais nos territórios rurais resulta, por exemplo, em sua taxa de pobreza (em 47% do total de territórios, sendo 23% em extrema pobreza) e na abrangência temática (de quase 80% das metas dos objetivos de desenvolvimento sustentável) de onde assumimos que, sem os quais, dificilmente teremos um desenvolvimento que não deixe ninguém para trás (BERDEGUÉ e FAVARETO, 2019). Adicionalmente, os territórios rurais são a situação da ação de vários processos, dentre os quais, a atuação da indústria extrativa e seu ciclo de vida, que imprime mais riscos socioambientais que os já vulneráveis territórios rurais (que não são potencialmente mineráveis), resultando na *maldição de recursos* ou mesmo na *maldição política*, fruto do enorme aporte de recursos financeiros quando minerados.

Já que territórios minerados são o *locus* de maior mal-estar e também de atuação das IE, trata-se de indagar sobre a viabilidade, de fato, do envolvimento das IE na promoção do bem-estar. Do ponto de vista teórico, Gond, Kang e Moon (2011) explicitam que não há ação isolada das empresas, visto que elas podem influenciar e são influenciadas pelo sistema nacional de cada país e da agencia dos governos destes e que há tendência mundial de convergência dos tipos

de relação empresa-governo para maneiras colaborativas de ação (MILANO, 2018). Sob o ponto de vista histórico, foi possível perceber a lenta introdução dos temas ambientais e sociais (mais lento ainda) na agenda empresarial e a inclusão de outros atores, para além dos acionistas, na esfera decisiva empresarial. Importante considerar também a escalada de conflitos nos territórios minerados enquanto um caminho para maior responsabilização empresarial. Como pano-de-fundo, se apresenta um contexto mundial de mudanças climáticas e de valorização de temas socioambientais, traduzidos na pactuação de uma agenda global por um desenvolvimento mais inclusivo. Por todos esses fatores, entendemos que há pouca margem de probabilidade das IE promoverem bem-estar, que resultem em menores índices de desigualdade e pobreza, dependente de vários fatores, mas principalmente, do tipo de regime de bem-estar que estas apoiam (MCEWAN et al., 2018), eis que respondem e se coadunam ao modelo ultraliberal do Estado, marcado, no Governo Bolsonaro, pela total desconstrução de políticas sociais e ambientais, fincando o lugar da solidariedade (e a gestão dos riscos sociais) nos próprios indivíduos e comunidades e não no Estado.

Ao colocar em diálogo a literatura de regimes de bem-estar associada à IE, a partir da tipologia de regimes (ESPING-ANDERSEN, 1999), revertemos a pergunta inicial, sobre se distinções de classe diminuem com a extensão da cidadania social, para indagar que tipo de regime de bem-estar tem se apresentado no debate recente e nas práticas nacionais envolvendo IE à luz do conhecimento acumulado neste tema. Os resultados apontam para uma narrativa internacional de crise do modelo Social-Democrata, mas que resiste em nível discursivo (vejam-se as primeiras medidas americanas no Governo Biden) e busca reintroduzir o Estado como principal gerenciador de riscos, numa perspectiva de investimento (e não de custo), dada suas características de universalismo, com alta parceria público-privado para provisão de serviços, alta desmercantilização (utilizando toda a renda extrativa para gastos sociais), apesar da ainda tímida desfamiliarização. Todavia, no capitalismo periférico, essa reação (ou tipologia *ideal*) sequer tornou-se estratégica. Os casos de Moju e de Alto Trombetas nesse sentido, por um lado preocupam, por deslocarem o lugar central de gerenciamento de riscos para as famílias e/ou comunidades, mais fragilizadas para esta função, mas, por outro lado, fornecem alento, pois sinalizam para participações coletivas e reestruturações políticas mais amplas.

Sem a pretensão de esgotar o tema, concluímos esse estudo com um apontamento inicial para as principais oportunidades e desafios do bem-estar nos

territórios minerados neste século XXI. Vale dizer, diante de modelos WS residuais, o fortalecimento das estruturas sociais enquanto polo de demanda por uma cartela de direitos sociais que permita maior desmercantilização e desfamilirização do indivíduo parece se apontar como necessária contrapartida no sentido de se prover um equilíbrio de forças democráticas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L. M. M. DE. *Antes a água era cristalina, pura e sadia*: percepções quilombolas e ribeirinhas dos impactos e riscos da mineração em Oriximiná, Pará. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2018.

BEBBINGTON, A.; HUMPHREYS BEBBINGTON, D. Mining, movements and sustainable development: concepts for a framework. *Sustainable Development*, v. 26, n. 5, p. 441–449, 2018.

BERDEGUÉ, J. A.; FAVARETO, A. Desarrollo Territorial Rural en América Latina y el Caribe, 2030. *Alimentación, agricultura y desarrollo rural en América Latina y el Caribe*, n. 32. Santiago de Chile.: [s.n.], 2019.

BONOLI, G. *New social risks and the politics of post-industrial social policies*. The politics of post industrial welfare states: adapting post-war social policies to new social risks. New York, USA: Routledge, 2006. v. 12. p. 347–364.

CAMERON, P. D.; STANLEY, M. C. *Oil, gas and mining*: a sourcebook for understanding the extractive industries. Washington, DC: World Bank, 2017.

DEMEDA, K.; CARVALHO, L. G. DE. *Os royalties da mineração e o sistema da dádiva em Juruti Velho,* Juruti, Pará. Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA), 2018.

DOUCIN, M. *Corporate social responsibility*: private self-regulation is not enough. Washington: World Bank - International Finance Corporation, 2011.

ENRÍQUEZ, M. A. Contradições do desenvolvimento e o uso da Cfem em Canaã dos Carajás (PA). Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas, 2018.

ENRÍQUEZ, M. A. *Maldição ou dádiva?* Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira. 2011. 449 f. Universidade de Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.unb.br/handle/10482/6417.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. In: Lua Nova, n. 24, setembro de 1991, p. 85-116.

ESPING-ANDERSEN, G. *Social foundations of post industrial economies*. New York, USA: Oxford University Press, 1999.

FONSECA, H. B. *Quilombolas de Jambuaçu:* seus saberes e educação como fator de politização e identidade. Universidade Federal do Pará, 2011.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOND, J.; KANG, N.; MOON, J. The government of self-regulation: on the comparative dynamics of corporate social responsibility. The government of self- regulation: on the comparative dynamics of corporate social responsibility. *Economy and Society*, v. 40, n. number 4, 2011.

GRIMBERG, P. *Empresas e territórios*: interações para o bem-estar. 2016. Rio de Janeiro: UFRRJ, 2016.

GRIMBERG, P. O Fundo Quilombola: um novo modelo de gestão territorial. In: HUMANA (Org.). *Mecanismos financeiros e de desenvolvimento territorial*: transferência de renda e novos modelos de gestão para o repasse de recursos entre empresas e comunidades. [S.l.]: ECAM-USAID, 2019.

KAUTTO, M. The nordic countries. In: CASTLES, F. G. *et al* (Org.). *The oxford handbook of the welfare state*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 586–600.

KERSTENETZKY, C. L. *O estado do bem-estar social na idade da razão*: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KERSTENETZKY, C. L.; KERSTENETZKY, J. O Estado (de Bem-Estar Social) como ator

do desenvolvimento: uma história das ideias. *Dados*, v. 58, n. 3, p. 581–615, 2015. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/218/21842571001.pdf.

MACDONALD, C. *et al. Paper 8*: extractive industries and social investments. Principles for sustainability and options for support. . [S.l.]: African Development Bank and the Bill & Melinda Gates Foundation, 2015.

MCEWAN, C. *et al.* Enrolling the private sector in community development: magic bullet or sleight of hand? *Development and Change*, v. 48, n. 1, p. 28-53, 2017.

MIDGLEY, J. The Definition of Social Policy. In: MIDGLEY, J.; LIVERMORE, M. (eds). *Handbook of social policy*. Londres: Sage, 2009. p. 3-20.

MILANO, F. *Extractive sector and civil society*: when the work of communities, governments and industries leads to development. . [S.l: s.n.], 2018.

MPE-MPF. Recomendação conjunta n° 01/2015. [S.l: s.n.], 2015

OTTO, J. M. Community Development agreement model regulations and example guidelines [S.l: s.n.], 2010.

PIKETTY, T. *O Capital no século XXI*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2013.

REICH, R. B. *Supercapitalism:* the transformation of business, democracy, and everyday life. New York: A. Borzoi Book, 2007.

TITMUSS, R. M. *Essays on the Welfare State*. Surrey: Unwin Brothers, 1963.

TITMUSS, R. M. *Social Policy*. New York: Pantheon, 1974.

UNU-WIDER (United Nations University – World Institute for Development Economics Research). *Extractive industries*: *the management of resources as a driver of sustainable development*. New York: Oxford University Press, 2018.

VINHA, V. As empresas e o desenvolvimento sustentável: a trajetória da construção de uma convenção. In: MAY, P. (Org.). *Economia do Meio Ambiente*. [S.l.]: Eselvier, 2010.

GT 12

Las respuestas al marco multilateral del comercio internacional

COORDINACIÓN:
Izabel Portocarrero (USAL), Daniel Amin Ferraz (UniCEUB) y Clodomiro Bonwart (UEL)

DESCRIPCIÓN: En función de una relación histórica de diálogo político, la América Latina se perfila en la actualidad como un socio estratégico para la Unión Europea en el ámbito internacional, a efectos de consolidar un espacio de cooperación que permita el establecimiento de un mayor impulso comercial entre ambas regiones. Delante de importantes cambios en los procesos geoeconómicos y geopolíticos de la actual coyuntura mundial, las convergencias entre ambas regiones en temas vinculados a la agenda global configuran un cuadro de oportunidades para el desarrollo de un enfoque más integracionista. Se observa una profundización de las relaciones comerciales, que impulsa una nueva agenda de oportunidades, visibilidad e impacto mutuos, como es el caso de la reciente Asociación Estratégica entre Mercosur y la Unión Europea. Por ello, en este grupo de trabajo nos proponemos a reflexionar sobre los nuevos paradigmas del comercio internacional, generados a partir de alianzas que pueden contribuir a la reforma, consolidación o profundización del sistema multilateral actualmente cuestionado por diferentes actores. Se invita a exponer experiencias de integración impulsadas por los Estados y bloques continentales que contribuyan a la construcción de una agenda común de beneficio recíproco, alineada con la agenda multilateral global.

A INTEGRAÇÃO DIGITAL COMO PREMISSA À EFICIÊNCIA DO MULTILATERALISMO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Andréa Luísa de Oliveira
Centro Universitário de Brasília/DF
Doutoranda PPGD UniCEUB - Brasil
andrealui2006@yahoo.com.br

Resumo: No cenário mundial contemporâneo, a tecnologia viabiliza suplantar os obstáculos da globalização e do comércio internacional, especialmente quanto à injunção de barreira comercial, carência de padrão ético global, deficiência informacional, dentre outros. Com isso, a relevância temática do presente artigo acentua-se diante da análise de diversificados contextos cooperativos, como a necessidade de interligação do Mercado Único Digital da União Europeia com as proposições do plano de ação traçados pela Agenda Digital do Mercosul, posto que ilustram modelos que oportunizam a integração digital e potencializam a capacitação à interoperabilidade multilateral do comércio internacional. O desenvolvimento da temática será estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro abordará a integração digital como valor primordial ao processo de globalização cooperativa entre os países. Em segundo passo, a pesquisa enfatizará os proveitos e dificuldades à eficiência do multilateralismo no comércio internacional. Restando ao terceiro capítulo, refletir sobre as benesses da tecnologia ao processo de interligação e interdependência entre blocos econômicos. Cumpre ainda acrescer que, para obter resposta à problemática aduzida será empreendido estudo de revisão bibliográfica e exame ao arcabouço regulatório existente, mediante o emprego da analogia, tendo em vista a contemporaneidade temática.

Palavras-chave: Integração digital; comércio internacional; multilateralismo

Abstract: In the contemporary world scenario, technology makes it possible to overcome obstacles of globalization and international trade, especially regarding the injunction of trade barrier, lack of global ethical standard, information deficiency, among others. As a result, the thematic relevance of this article is accentuated in the light of the analysis of diverse cooperative contexts, such as the need to interconnect the European Union's Digital Single Market with the proposals of the action plan outlined by the Mercosur Digital Agenda, since they illustrate models that provide opportunities for digital integration and enhance the capacity for multilateral interoperability in international trade. The development of the theme will be structured in three chapters. The first will

address digital integration as a primary value to the process of cooperative globalization between countries. In the second step, the research will emphasize the benefits and difficulties to the efficiency of multilateralism in international trade. As for the third chapter, reflect on the benefits of technology to the process of interconnection and interdependence between economic blocks. It should also be added that, in order to obtain an answer to the aforementioned issue, a literature review study and examination of the existing regulatory framework will be undertaken, using the analogy, in view of the thematic contemporaneity.

Key-Words: Digital integration; international trade; multilateralism

INTRODUÇÃO

Na esfera do direito internacional, a inserção da tecnologia às relações comerciais transnacionais, certamente, viabiliza que o processo de interligação e interdependência entre os países intensifique ainda mais as relações comerciais, uma vez que, possibilitam que sejam processadas por meio de padrões mais éticos, céleres e seguros.

À vista disso, o artigo objetiva estabelecer que na dimensão multilateral de cooperação entre Estados e blocos continentais, a integração digital alinha-se às estratégias globais do comércio internacional, especialmente quanto às diretivas de digitalização europeia prenunciadas pelo Conselho Europeu e dos planejamentos da agenda digital do Mercosul.

Nesse prisma, a problemática primordial da pesquisa está centrada na perspectiva de fomento do multilateralismo no comércio internacional pela via da integração digital, em prol da eficiência cooperativa entre os países, bem como, paliativos à simetria das adversidades transnacionais comuns e complexas.

Por considerar que esse é um dilema da sociedade contemporânea, que perpassa por inúmeras transformações jurídicas e econômicas, a temática se mostra ainda mais relevante na conjuntura da pandemia atualmente vivenciada, eis que, o momento atual estimula ainda mais a necessidade de debates a respeito da intensificação do comércio internacional, com o auxílio de tecnologia integrativa, no ambiente cibernético.

Nessa perspectiva, para a abordagem do tema, a pesquisa proposta reportará ao contexto dos blocos econômicos com enfoque à União Europeia e ao Mercosul, e terá como hipótese o argumento de que a integração digital

corresponde a um valor primordial ao processo de globalização, um paliativo indispensável à redução dos custos transacionais e de comunicação entre blocos, além de grande serventia à eficiência do multilateralismo no comércio internacional.

Para fins de estabelecer as premissas de que na dimensão multilateral de cooperação entre blocos continentais a integração digital alinha-se às estratégias globais de comércio internacional, os estudos almejam a análise à luz das diretivas de digitalização europeia prenunciadas pelo Conselho Europeu e das orientações dos planejamentos da agenda digital do Mercosul.

Diante da necessidade de união entre os Estados, a metodologia empregada na pesquisa terá cunho exploratório, posto que além do levantamento bibliográfico, buscará também, com o exame do arcabouço regulatório sobre o tema e emprego do procedimento dedutivo e indutivo, dar suporte à construção das premissas propostas ao estudo, tendo em vista a relevância da temática em um mundo regido pela tecnologia.

1. A integração digital como valor primordial ao processo de globalização cooperativa entre os países

A integração econômica regional enquanto unificação das políticas econômicas entre as nações apresenta-se como um importante vetor ao fortalecimento regional, posto que, por meio de tratativas, potencializa a cooperação econômica, remove as barreiras ao livre comércio e, por conseguinte, aumenta a livre circulação de pessoas, serviços, bens, capital e ideias, o que favorece a economia de escala (CLEGG; FORSANS; REILLY, 2003, p 191-217).

De fato, o processo de integração econômica regional além de instrumentalizar a promoção e desenvolvimento de países em blocos, também, destaca-se como um referencial de suma importância ao fortalecimento das estratégias organizacionais no contexto de internacionalização cooperativa supranacional (RUGMAN, 2007).

À essa perspectiva é preciso ainda acrescer que o dinamismo do processo de integração econômica, carece não só de estruturação jurídica e econômica, mas também de esforços políticos, em prol da unificação. Isto porque, o processo integrativo demanda a atribuição de peculiaridade à soberania, tendo em

vista que, nesse cenário, a supranacionalidade das deliberações revela-se como característica dos processos decisórios (CELLI JÚNIOR, 2006, p. 19-38).

Todavia, para Lamy (WTO, 2008) a questão global resultante de uma acelerada interdependência entre as nações acentua que a governança global, como exemplo, ainda demanda da construção de regramentos alicerçados na vontade política coletiva, no consenso sobre o conceito e agenda de regulação, para se tornar global, posto que a expansão do comércio mundial necessita de uma alocação eficiente de capital.

Porém, diante do surgimento das inovações tecnológicas na contemporaneidade, torna-se necessário delinear as premissas das vias digitais, como *standard* integrativo ao fomento do multilateralismo no comércio internacional.

Tal argumento pode ser aferido pelo teor do Relatório Mundial do Comércio (WTO, 2018, p. 01-21), ao alertar que nas últimas décadas, a revolução digital tem transformado o comércio internacional, tanto no contexto do que é comercializado, quanto ao sujeito negociante, bem como, o modo que é conduzida uma negociação internacional.

Ao considerar um novo mundo em formação, a Organização Mundial de Comércio, por seu relatório de 2018, considera que a fusão de tecnologias da atualidade promete remodelar a economia mundial, além de ter o potencial de aceleração ao processo de integração global. Ademais, a economia digital ao instaurar o valor digital transacional, por favorecer as transações transfronteiriças, também alvitra reflexões estruturais que referenciam o comércio internacional, especialmente, quanto à cooperação na era digital.

O Relatório do Instituto Internacional de Análise de Sistemas Aplicados (IIASA, 2019, pp. 04-05), ao tratar sobre a transformação digital e suas implicações para a política integrativa comercial e econômica, considera que a digitalização aumenta os benefícios que podem ser obtidos dos acordos regionais. Outrossim, reputa premente que os blocos de integração regional empreguem uma maior concentração para a obtenção de um mercado interno verdadeiramente único, mediante a digitalização do comércio de serviços, por interconexão entre operadores de rede; reconhecimento mútuo de assinaturas eletrônicas e criptografia; permissividade aos métodos de pagamento digital; instauração da intergovernabilidade eletrônica; implementação do mercado

interno único regional – digital, bem como, estabelecer métricas para fomentar a economia digital.

Nesse sentido, além de favorecer a interconexão e interoperabilidade de sistemas informacionais, a integração digital também propicia o advento de uma fortificada governança eletrônica, capacitada à execução de serviços a processos públicos instrumentalizado no ambiente virtual (POSSAMAI, 2015).

De modo que, a contemporânea difusão mundial de uma acelerada inserção tecnológica, possibilita validar as reflexões de que a proposta da e-governança a ser operacionalizada por líderes digitais, além de trazer o benefício da celeridade transacional, apresenta-se como uma oportuna perspectiva holística de ação, que valora a formalização de modelos negociais pautados na transparência, contenção de fraude, bem como, emprego da tecnologia digital em prol de uma eficiente reestruturação organizacional instigada por uma vigente economia digital.

Com tais perspectivas, em dezembro de 2017 o Conselho do Mercosul instituiu o Grupo de Agenda Digital (GAD), com o propósito de "promover o desenvolvimento de um MERCOSUL Digital", mediante a efetivação de um "Plano de Ação, de prazo bienal, com propostas de políticas e inciativas comuns, bem como, prazos e metas" (MERCOSUL, 2019).

A título de exemplo, em prol da redução das assimetrias jurídicas e tecnológicas dentre os membros do bloco econômico, no decorrer do período de 2008 a 2013, as metas traçadas ao Mercosul Digital visavam o fortalecimento de aptidões, assim como, o alargamento das percepções a respeito das "potencialidades das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) no comércio intra e extrabloco" (POSSAMAI, 2015).

De igual modo, a União Europeia cada vez mais tem introduzido ações que asseguram a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, no mercado único europeu. Até porque, com diretrizes orientadas à criação de uma maior união dos mercados de capitais, mediante a adoção supressão de entraves técnicos, jurídicos e burocráticos, o mercado único digital europeu tem por objetivo contribuir para a digitalização das liberdades, com preceitos direcionados à escala da União Europeia, para os serviços de telecomunicações, direitos autorais, proteção, dentre outros (EUROPEAN UNION, 2019).

Ademais, a premência à incorporação da digitalização aos procedimentos integrativos não pode ser um tema para reflexões futuras, necessita de

intervenções globais, no presente. Até porque, tal argumento também é revelado como uma das prioridades da Organização Mundial do Comércio, posto que considera ser necessário uma adaptação das tratativas negociais às transformações econômicas da atualidade, especialmente quanto ao advento de *sistemas ciberfísicos*, que favoreçam a promoção de novas competências ao sistema de comércio internacional (WTO, 2020).

Tais iniciativas evidenciam que o cenário vigente notabiliza um acelerado processo de transnacionalização tecnológica, fomenta o fortalecimento da globalização econômica, assim como, revela novos contornos valorativos à obtenção de maior escala, eficiência e competitividade organizacional, pela via da integração digital dos blocos econômicos.

2. Proveitos e dificuldades à eficiência do multilateralismo no comércio internacional

Desta feita, a difusão digital no contexto dos sistemas de integração econômica regional denota ser potente à reformulação de caracteres conceituais alusivos à interdependência econômica transfronteiriça entre os países, bem como, reorienta o domínio dos Estados no cenário da globalização.

Contudo, na contemporaneidade, se as inovações tecnológicas impostas pelo ambiente cibernético, no plano internacional, têm projetado novas perspectivas negociais, as particularidades que regem os blocos econômicos ainda se afiguram perceptíveis.

Com isso, a inserção digital às tratativas negociais na esfera internacional demonstra ser apenas um tema comum, que demanda uma remodelação das tomadas de decisões, em todas as esferas do direito internacional. Todavia, em paralelo, outras temáticas como a supranacionalidade, intergovernabilidade, regionalismo e multilateralismo, com propensão da integração digital, se mostram como conteúdos que exigem reflexões ainda mais significativas.

Até porque o Mercosul apresenta um processo de integração intergovernamental desde a sua constituição, diversamente da União Europeia que chancela a supranacionalidade e Direito Comunitário, como recurso de solução dos seus peculiares antagonismos internacionais (MERCOSUL, 2019).

A outorga parcial de poder, ou até mesmo, a concessão de parcelas de suas competências originárias a um ente internacional coletivo, investido no

comando decisório em prol dos integrantes do bloco, como característica peculiar da supranacionalidade, é replicado à sistemática do Mercosul. Integrado por Estados-membros com textos constitucionais regidos por preceitos com fortes concepções sobre a soberania nacional indivisível, a intergovernabilidade se mostra como o processo de integração ainda considerado como oportuno a assegurar a vinculação do arbítrio político dos Estados-membros às resoluções do bloco econômico (LORENTZ, 2001).

Com isso, o Mercosul assume o seu caráter intergovernamental, qual seja, adota um ponto mediano entre a supranacionalidade e a soberania absoluta, posto que objetiva a manutenção dos interesses econômicos dos Estados-membros, sem lhes provocar uma reestrutura política (FURLAN, 2010).

De modo que, enquanto a União Europeia conserva-se guiado pela via da supranacionalidade, a doutrina aponta perspectivas de reestruturação do Mercosul, alicerçada em propensão futura à supranacionalidade, ao ser considerado que a estrutura institucional intergovernamental do Mercosul "não está preparada para enfrentar crises políticas e conflitos comerciais mais sérios que poderiam vir a surgir e não é adequada para um estágio de mercado comum" (MARIANO, 2010, p. 108)

Associado a tais reflexões, atualmente, os líderes de Estados têm apresentado diversidade sobre a concepção e importância do multilateralismo comercial. Apesar de rejeitado por alguns chefes de Estado, para a Organização das Nações Unidas, o multilateralismo é aferido como uma forma eficiente à solução dos problemas globais, exatamente por ser tido com um elemento importante à implementação da simetria no ambiente negocial internacional.

Em período precedente ao hodierno, ao tratar sobre o contexto brasileiro e o multilateralismo econômico, Almeida já alertava que uma ativa interação do Brasil com organizações internacionais, como OCDE e a UNCTAD, poderia viabilizar uma adequada integração internacional do país no cenário da globalização (ALMEIDA, 1999, 328 p.)

Em um ano que o mundo foi refreado pela pandemia causada pelo COVID-19 e que se deparou com desafios que exigiam a condução de uma política externa com variações imediatas e pautadas em severas condutas para contenção da gravidade resultante da disseminação de um vírus ainda desconhecido, as reflexões sobre a preferência e serventia dos acordos regionais

em detrimento aos compromissos multilaterais perpassou pela ressignificação de ambos os conceitos.

Sobre o tema, Buss et. al. argumentam que a pandemia pela Covid-19 "desnudou as virtudes e as dificuldades encontradas pelo sistema multilateral no trato de qualquer tema complexo e polêmico no plano global". Entendem os autores que o mundo vivencia uma crise do sistema multilateral, que não foi eficiente a atender as previsões multidimensionais precedentes relativas às enfermidades vindouras (BUSS; ALCÁZAR; GALVÃO, 2020).

Ademais, em análise às respostas da América do Sul com relação à pandemia do coronavírus, desencadeada no ano de 2019/2020, Souza alerta que além da problemática sanitária e da retração econômica, ainda pôde ser evidenciada uma divergência de posturas dos governantes sul-americanos para a construção de uma política regional de combate à crise epidêmica. Posto isso, entende o autor que o empenho ao "adensamento da coesão intrarregional se mostra como uma incumbência na agenda pós-pandemia" (SOUZA, 2020).

Em suma, conforme salienta Dias, a cooperação internacional em período de crise, como a vivenciada na atualidade, é que obsta o colapso mundial. Porém, também observa o autor que, diante da crise epidêmica o cooperativismo se tornou adágio secundário, posto que as nações adotaram condutas protecionistas e restritivas em prol de seus nacionais, com atitudes agressivas frente ao Sistema Internacional, mudaram suas prioridades e revigoraram o "raison d'etat" (razão de Estado), ao ressignificarem a racionalidade dos governos e fundamentarem, referido comportamento, nos efeitos da crise epidêmica às ambições dos Estados soberanos (DIAS, 2020).

Assim, considerado que tais adversidades culminaram com o enfraquecimento do multilateralismo, bem como, motivaram as turbulências atualmente enfrentadas pelo regionalismo, a pesquisa é sugestiva ao entendimento de que ultrapassada a fase pandêmica, a integração digital se mostra como um paliativo indispensável à reestruturação cooperativista e reestabelecimento dos mercados internacionais.

3. Benesses da tecnologia ao processo de interligação e interdependência entre blocos econômicos

À vista deste cenário, o presente artigo tem por escopo trazer à reflexão que diante de um mundo conectado pelas vias cibernéticas, a permanência do fluxo de bens, serviços, capitais e pessoas pelas vias tradicionais se mostra obsoleto e prejudicado pela burocracia e rigidez organizacional, desajustadas com a realidade de rede da *era* digital contemporânea.

Com isso, a regência da digitalização do comércio internacional se mostra como uma via propícia à concretização de transações mais rápidas e confiáveis, que favoreça a expansão dos horizontes do mercado internacional.

As inovações tecnológicas estão impactando as relações entre as nações. Assim, resta fundamental que os governos sejam ágeis à virtualização de suas políticas, de modo a tornar suas participações no cenário internacional, mais inclusivas e cooperativas.

O Brasil, em 2016 esboçou diretrizes a uma estratégia de governança digital, com fins de traçar condutas que pudessem viabilizar a transparência de políticas públicas, mais eficiente com o uso de tecnologias digitais (OCDE, 2020). Atualmente, a recém aprovada Estratégia de Governo Digital brasileira (período 2020-2022), instituída pelo Decreto nº 10.332, em 28 de abril de 2020, apresenta-se estruturada por princípios, objetivos e iniciativas que oriente a transformação do governo brasileiro, por meio das tecnologias digitais (BRASIL, 2020).

Tais iniciativas propiciam uma adequação governamental às novas diretrizes da economia digital, até porque os novos contornos tecnológicos, apesar de disruptivos, se mostram capazes a oportunizar o surgimento de uma nova *era* no cenário global (NYEGRAY, 2016). Um sistema mundial regido pela tecnologia, além de favorecer a desobstrução de entraves burocráticos, também favorece a superação dos obstáculos da globalização, consolida o alinhamento da integração, pela via digital, às estratégias globais, bem como, catalisa a implantação de uma sistemática internacional.

Ademais, se é possível considerar que no contexto de um mundo globalizado existe a tendência comercial à formação de blocos econômicos (MACHADO; MATSUSHITA, 2019), também é plausível se atentar ao fato de que, nos dias atuais, a tecnologia motivou o surgimento de uma globalização digital (MCKINSEY, 2016), que estabelece uma nova *era* de fluxos globais

norteados nas tomadas de decisões assertivas para a interligação do mercado internacional. Por isso, acrescenta Avillez e Gonçalves que o emprego de "métodos tecnológicos, através de investimento e uso das melhores práticas atuais, traz às corporações uma redução de custos evidenciando assim uma lucratividade door-to-door e contenção de riscos" (AVILLEZ; GONÇALVES, 2020).

À vista disso, frente ao despontar da globalização digital que remodela a eficiência do processo de interligação e interdependência entre os sistemas de integração econômica regional imprescindível que algumas iniciativas sejam retomadas (MCKINSEY, 2019). Como proposição, diante da relevância temática, é de ponderar que sejam desempenhadas providências no sentido de efetivar a interligação do Mercado único digital da União Europeia com as sugestões da Agenda Digital do Mercosul, posto que ilustram modelos que oportunizam a integração digital e potencializam a capacitação à interoperabilidade multilateral do comércio internacional.

Nesse ponto, imperioso ressaltar que os argumentos trazidos à pesquisa não se referem ao acordo de livre comércio (BRASIL, 2019) que após duas décadas de negociação e formalização em 2019, em data posterior, qual seja, no ano de 2020, foi objeto de severas críticas fundamentadas na incompatibilidade das condutas do Mercosul diante de questões de sua alçada, frente às diretrizes ambientais da União Europeia. Diante de tal revés, em outubro de 2020, por insólita deliberação o Parlamento Europeu aprovou ato resolutivo, em manifesta oposição à ratificação do acordo comercial entre União Europeia e Mercosul (EUROPEAN PARLIAMENT, 2020).

Apesar da importância dessa ocorrência e desaponto dela decorrente, a justificativa da pesquisa perquire suscitar que a comunidade internacional articule intervenções em prol das benesses do emprego da tecnologia aos processos de integração econômica. A integração digital é indicativa de uma metodologia ajustada à modernidade, haja vista que, admite uma ampla, vertiginosa e pragmática difusão regional, com vistas a propiciar o despontar de um novo arranjo integracionista.

Até mesmo porque tal argumento não representa perda da autonomia das ações integrantes aos blocos econômicos. Além do mais, em nada confronta às bases finalísticas do Mercosul, considerados tanto pelos requisitos cultural,

social, econômico, jurídica e político, quanto por seus elementos essenciais atribuídos à livre circulação de mercadorias e fatores de produção.

Imperioso ressaltar que a temática precisa ser mais debatida e concretizada, porém, o refrigério é que apesar de gradualmente, tem sido inserida nos conclaves internacionais. Para tanto, oportuno retomar ao exemplo da instituição do Grupo de Agenda do Mercosul (GAD), habilitado em 2017 pelo Conselho do Mercado Comum. Até porque, somente a partir da fundação do GAD que o Mercosul passou a dispor de uma agenda orientada à sistematização de matérias alusivas à economia digital. Ao Grupo de Agenda do Mercosul foi conferido perscrutar sobre assinatura eletrônica, infraestrutura de conectividade digital, segurança cibernética, dentre uma agenda integrada a assuntos destinados à digitalização, recognição e promoção de políticas públicas permissivas à maximização das benesses da digitalização integrativa (MERCOSUL, 2019).

Com isso, inconteste a premência e importância da digitalização à contextura das relações econômicas dos blocos econômicos. Tanto é que, no primeiro semestre de 2018 o Grupo de Agenda do Mercosul ajustou um Plano de Ação, para o período de 2018-20, lastreado na promissão de ações canalizadas à conectividade e digitalização da infraestrutura, bem como, na "segurança e confiança no ambiente digital; economia digital; habilidades digitais; Governo digital, governo aberto e inovação pública; aspectos técnicos e regulatórios; e coordenação em foros internacionais" (MERCOSUL, 2019).

Com análogas iniciativas, em 2016, os dirigentes da União Europeia expressaram apoio à instituição de estratégias para o mercado único digital, por entenderem por sua viabilidade ao crescimento inclusivo, combate à fragmentação do mercado, construção das necessárias infraestruturas digitais, promoção das telecomunicações, cibersegurança e digitalização da indústria europeia (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2020).

Com a inclusão de uma agenda digital a partir de 2017, o Conselho Europeu passou a traçar diretrizes para o ingresso da Europa na *era* digital, alicerçado na cibersegurança e aumento da ciberresiliência europeia. Para tanto, desde então, inúmeras providências já foram consolidadas, dentre as quais, a transparência por meio do portal digital único; eliminação às barreiras de livre circulação de dados não pessoais; eliminação dos obstáculos ao comércio eletrônico; modernização das regras do direito societário para adequá-las aos preceitos impostos pela digitalização moderna, bem como, confirmação em 2019,

pelo Comitê de Representantes do Conselho europeu ao entendimento comum para o lançamento de um novo programa de financiamento, projetado para 2021-2027, o *Europa Digital,* com metas de apoio à digitalização das sociedades e das economias da Europa (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2020).

Desta maneira, as ações da Agenda Digital do Mercosul e a visão europeia de traçar diretrizes de virtualização que impulsionem a competitividade digital e econômica somente reforçam a problemática articulada na presente pesquisa, qual seja, de que a potencialidade da integração econômica regional, na contemporaneidade, demanda uma efetiva difusão da integração digital, e consequente remodelação de práticas *intra* e *inter* blocos econômicos, com fins de garantia de uma melhoria e adequação do comércio internacional à *era* digital que atualmente rege o contexto internacional.

CONCLUSÃO

A pesquisa traz à reflexão o debate centrado na serventia da integração digital como premissa à eficiência e fomento do multilateralismo no comércio internacional, para fins de facilitação da cooperação econômica entre os países e harmonização dos impasses transacionais *intra* e *inter* blocos econômicos.

Para tanto, inicialmente foram traçados os argumentos para a aplicação da hipótese de que a integração digital, na atualidade, carece de ser apreciada como valor primordial ao processo de globalização cooperativa entre os países. Por isso que, com a finalidade de reforçar o ideário da pesquisa, a temática sobre as transformações ocorridas ao comércio internacional que foram geradas pela revolução digital das últimas décadas, tiveram por subsídios os relatórios da Organização Mundial do Comércio, do Instituto Internacional de Análise de Sistemas aplicados, além de também fortificadas com os argumentos traçados pela doutrina.

Além do mais, foram apontados alguns aspectos bidimensionais aferidos ao tema. Isto porque, apesar de simbolizar um avanço da atualidade, catalisador de axiomáticos proveitos, sincronicamente, a integração digital desvela as dificuldades à eficiência do multilateralismo no comércio internacional. Posto isso, restou oportuno destacar que, se no plano mundial, as inovações tecnológicas fluídas no ecossistema cibernético são vetores de novas perspectivas negociais, também resta verídico alertar para a dualidade de pensamento sobre o contexto de regência da intergovernabilidade, que se mostra visível, em especial,

diante da diversidade conceptiva manifesta por certos líderes de Estado, quanto à importância ao multilateralismo comercial.

À vista disso, concludente que todas essas reflexões foram fundamentais à edificação dos objetivos da investigação em apreço, qual seja, a de evidenciar que na contextura do direito internacional, a tecnologia oportuniza suplantar as vicissitudes da globalização, bem como, permite considerar a integração digital como um paliativo indispensável ao processo de interligação e interdependência entre os blocos econômicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o Multilateralismo Econômico.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 328 p.

AVILLEZ, André; GONÇALVES, Augusto. *O avanço em conjunto da tecnologia no comércio exterior para o novo momento.* Revista Digital Information Management. Jul. 2020. Disponível em https://docmanagement.com.br/07/02/2020/o-avanco-em-conjunto-da-tecnologia-no-comercio-exterior-para-o-novo-momento/. Acesso em 29 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. *Economia Digital.* Brasília, 2020. Disponível em https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020. Acesso em 29 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. *Mercosul e UE fecham maior acordo entre blocos do mundo.* Brasília, 2019. Disponível em http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/2229-mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo. Acesso em 30 dez. 2020.

BUSS, Paulo M. ALCÁZAR, Santiago; GALVÃO, Luiz Augusto. *Pandemia pela Covid-19 e multilateralismo:* reflexões a meio do caminho. Estudos Avançados, vol. 34, nº 99, São Paulo, versão on-line, 2020. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200045&tlng=pt. Acesso em 28 de dez. 2020.

CELLI JUNIOR, Umberto. Teoria Geral da integração: em busca de um modelo alternativo. *In:* MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leonardo Rocha. *Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia.* Curitiba: Juruá, 2006, pp. 19-38.

CLEGG, Jeremy; FORSANS, Nicolas; REILLY, Kevin T. Increasing the size of the ´country`: Regional economic integration and foreign direct

investment in a globalized world economy. *In: The changing global contexto of international business.* Londres: Palgrave Macmillan, 2003, pp. 191-217.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Mercado único digital na Europa.* 2020. Disponível em Mercado único digital na Europa - Consilium. Acesso em 02 jan. 2021.

DIAS, Bruno. *A ausência do multilateralismo na pandemia.* Revista Relações Exteriores, versão on-line, 2020. Disponível em https://relacoesexteriores.com.br/a-ausencia-do-multilateralismo-na-pandemia/. Acesso em 28 dez. 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Stay Informed.* 2020. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/portal/en. Acesso em 30 dez. 2020.

EUROPEAN UNION. *Single Market.* 2019. Disponível em https://europa.eu/european-union/topics/single-market_pt. Acesso em 26 dez. 2020.

FURLAN, Fernando de Magalhães. *A supremacia no Mercosul.* Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 15 – jan/jun. 2010, pp. 91-124.

IIASA – International Institute for Applied Systems Analysis. *Digital transformation:* Implications for trade policy and economic integration. Lazenburg, 2019.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Mercosul e a questão da supranacionalidade* – o entendimento dos governos brasileiros no período de 1985 a 1998. Revista de Pesquisa e Pós-graduação. Erechim, 2001.

MACHADO, Marlon Wander; MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Globalização e Blocos Econômicos.* Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica, vol. 1, nº 1. São Paulo, 2019, pp. 104-132.

MARIANO, Marcelo Passini. *A estrutura institucional do MERCOSUL.* São Paulo: Aduaneiras, 2000, p. 108.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE (MGI). *Digital globalization:* The new era of a global flows. Publicação digital. 2016. Disponível em https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows#. Acesso em 29 dez. 2020.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE (MGI). *Globalization in transition:* the future of trade and value chains. Publicação digital. 2019. Disponível em https://www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-

growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains. Acesso em 30 dez. 2020.

MERCOSUL. *Agenda Digital.* 2019. Disponível em Agenda Digital - MERCOSUL (mercosur.int). Acesso em 26 dez. 2020.

NYEGRAY, J. A. L. *Projetos internacionais:* estratégias para a expansão empresarial. 1 ed. Curitiba: InterSaberes, 2016.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Revisões da OCDE sobre a Transformação Digital:* A Caminho da Era Digital no Brasil. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em https://www.telcomp.org.br/telcomp_online/ocde/A-Caminho-da-Era-Digital-no-Brasil-.pdf. Acesso em 29 dez. 2020.

POSSAMAI, Ana Júlia. *Integração Digital:* a dimensão tecnológica do Mercosul. Panorama Internacional, vol. 01, nº 2, 2015. Disponível em http://panoramainternacional.fee.tche.br/article/integracao-digital-a-dimensão-tecnologica-do-mercosul/ . Acesso em 26 dez. 2020.

RUGMAN, Alan. *Regional Aspects of Multinationality and Performance.* Research in Global Estrategic Management, v. 13. New York: JAI Press, 2007.

SOUZA, Lucas Eduardo Silveira de. *Como a América do Sul responde à crise pandêmica?* Observatório de Regionalismo (ODR), versão on-line, 2020. Disponível em http://observatorio.repri.org/sobre-o-odr/. Acesso em 28 dez. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *Speeches – DG Pascal Lamy.* Geneve: WTO, 2008. Disponível em https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl103_e.htm. Acesso em 26 dez. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *WTO reform essential to restore confidence in the trading system.* Disponível em https://www.wto.org/spanish/news_s/news20_s/ddgaw_21sep20_s.htm. Acesso em 26 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL: impossibilidade de comparação entre os dois blocos à luz do processo de integração

Filipe Bianchini de Oliveira
Mestrando em Direito pelo UniCEUB
Centro Universitário de Brasília, Brasil.
filipe@kayser.adv.br

Resumo: O foco deste trabalho é entender o processo de integração e suas fases, como ponto de partida para a comparação do processo atual de integração do Mercosul e da União Europeia. A UE é o exemplo mais avançado de integração entre nações, sendo o principal alvo de estudo do processo de integração. Devem ser levadas em conta as premissas e conjunturas sobre as quais foi construída, com intuitos políticos pós-guerra e a objetivação da criação de uma identidade supranacional. De maneira completamente diferente, o Mercosul nasce como um bloco com objetivo eminentemente intergovernamental, com foco na integração econômica, além de ser um bloco com origens e históricos completamente diferentes. Primeiramente serão verificadas as premissas teóricas básicas do Direito de Integração, e após será feito um comparativo direto entre os dois blocos, ante suas grandes diferenças ideológicas e escopos de criação. Finalmente, o objetivo é verificar se o exemplo da União Europeia poderá trazer alguns ensinamentos para o bloco latino-americano, com a conclusão da impossibilidade de comparação direta dos dois blocos, não pelas diferenças nos degraus do processo integracionalista, e sim pela diferença dos motivos e objetivos de cada caso.

Palavras-chave: União Europeia. Mercosul. Direito de Integração. Soberania. Comparativo.

Abstract: This paper aims to understand the integration process and its phases, as a starting point for comparing the current integration process between Mercosul and the European Union. The EU is the most advanced example of integration between nations, being the main target for studying the integration process. The premises and circumstances on which it was built, with post-war political intentions and the objective of creating a supranational identity, must be taken into account. In a completely different way, Mercosul was born as a bloc with an eminently intergovernmental objective, with a focus on economic integration, in addition to being a bloc with completely different origins and backgrounds. Firstly, the basic theoretical premises of the Integration Law will be verified, and afterwards, a direct comparative will be made between the two blocks, given their great ideological differences and scopes of creation. Finally, the objective is to

verify if the example of the European Union can bring some lessons to the Latin American bloc, with the conclusion that it is impossible to directly compare the two blocs, not because of the differences in the steps of the integration process, but because of the difference in reasos and objectives of each case.

Key-Words: European Union. Mercosul. Integration Law. Sovereignty. Comparative.

INTRODUÇÃO

O processo de integração compreende várias fases, que vai desde a facilitação de circulação de bens, pessoas e serviços, até a abertura da soberania nacional em prol de uma nova ordem supranacional, que revolucionou o conceito de soberania. São principalmente nessas fases que os blocos regionais hoje existentes guardam as suas principais diferenças, ao passo que a evolução nesse processo é bastante complexa (e nem sempre viável).

É inegável que a União Europeia conseguiu atingir um nível inédito e extraordinário no processo de integração, cuja estrutura é impressionante para os que não estão acostumados com tamanho afrouxamento das soberanias nacionais. É impossível estudar a integração em quaisquer outros blocos sem se remeter ao caso europeu, que inevitavelmente serve como espelho do que é possível ser feito na prática.

Entretanto, tamanho desenvolvimento integracionalista não significa que o caminho traçado pelo bloco europeu é o único caminho a ser seguido para a busca da criação e um ente supranacional. Pelo contrário, o Direito de Integração mostra que são várias as formas de alcançar diferentes objetivos. É inviável dizer, portanto, que o Mercosul jamais conseguirá alcançar níveis mais avançados de integração pois distanciou-se de determinadas medidas adotadas pela União Europeia.

É bem verdade que o bloco sul-americano está muito longe de uma integração daquele nível, mas os motivos para tal não parecem ser o espelhamento do que aconteceu no caso europeu. É fundamental que sejam analisados quais os motivos que levaram a criação de cada bloco, bem como a reação cultural da população a tal processo. Finalmente, também não se pode dizer que o modelo europeu é adequado a América do Sul simplesmente pela possibilidade de que seus objetivos atuais sejam distintos.

O presente estudo visa, assim, fazer um breve comparativo entre o caso europeu (com a criação e desenvolvimento da União Europeia), e o caso sul-americano (Mercosul), de maneira a verificar as condições em que foram criados, os motes sobre o qual se sustentam, e os objetivos finais de cada modelo, para que se possa dizer, com algum grau de certeza, se é possível ou não a comparação dois dos casos, e em que pontos que tal comparação é adequada.

1. Conceito de Integração

A globalização alterou significativamente o modo de encarar as relações internacionais ao redor do mundo, tornando o Direito de Integração peça fundamental para a adequação das nações à nova ordem mundial. Analisando a história recente da civilização, é fácil a verificação da evolução das relações entre os povos: no período feudal havia uma divisão clara entre os feudos, dentro de uma mesma nação; com a criação dos burgos passou-se a existir um sentimento maior de nacionalidade dos povos, com fechamento de fronteiras crescimento exponencial das soberanias nacional; futuramente, sempre puxado pelas relações comerciais e especialmente após a Revolução Industrial, houve um aumento progressivo e incessante das relações internacionais, facilitada pelo advento de melhores tecnologias de transporte e comunicação.

Já há algumas décadas o mundo vive um período de enorme facilidade de transporte de bens, pessoas e serviços, ultrapassando as fronteiras nacionais e diminuindo sobremaneira o tamanho comercial do globo. Esse novo arranjo, antes estudado somente pelo Direito Internacional, passa a apresentar novas demandas políticas e jurídicas que buscam a criar mecanismos que atendam de maneira mais efetiva essa nova necessidade mundial. O mero relacionamento internacional já não é suficiente, é necessária uma nova ordem, mais eficaz.

Tão aquecida está a economia internacional que passam a ser necessárias formas mais fáceis e menos burocráticas de circulação transfronteiriça, a ponto de demandar uma nova ordem jurídica, política e econômica. Nasce dessa necessidade o Direito da Integração, que busca repensar a organização dos países em uma estrutura intergovernamental e/ou supranacional, gerando enormes alterações no antigo modelo de organização geopolítica: mitiga-se a soberania, abrandam-se a intransponibilidade das fronteiras, e permite-se a criação de novas formas de pensar as relações internacionais (ALMEIDA, 2002, p. 166).

Em um simples comparativo, podemos analisar o Direito de Integração da mesma forma que conhecemos hoje, com total naturalidade, a organização federativa existente em repúblicas: sob o manto de uma identidade nacional, delimitadas por traços culturais e território, existe uma porção de entes federados com certa autonomia entre si. Cada ente federado, por sua vez, é composto pela união de diversos municípios, também com a sua própria complexidade estrutural e institucional. A todos esses níveis federativos é dada uma atribuição e autonomia para que melhor possa gerir o seu território, sendo-lhes garantido, por exemplo, a manutenção e das três esferas de poder: executivo, legislativo e judiciário.

Entretanto, a autonomia e soberania de cada ente federativo é limitada ao interesse geral dos degraus superiores dessa organização, culminando no interesse coletivo nacional como principal, de maneira a permitir que o ente nacional interfira diretamente nos entes federados em busca de um bem comum. O estado nacional, assim, congrega todos de maneira a criar naquele território um sentimento nacionalista e integracionalista.

A nação, antes do Direito de Integração, era a expressão maior que podia ser concebida, com soberania absoluta sobre seu território. Noções regionais e continentais existiam como mera referência geográfica, mas com pouca efetividade na identidade dos povos. O Direito Internacional, à época, limitava-se a estudar e regular o relacionamento entre nações absolutamente soberanas.

O Direito da Integração surgiu com uma proposta inédita: atribuir aos Estados um caráter integracionalista, tal qual faz os entes federados em nível nacional, por meio da flexibilização graduada da rigidez nacionalista. Visa aproximar nações independentes de forma a criar laços tão profundos entre elas que, progressivamente, vão flexibilizando suas regras, aproximando seus sistemas jurídicos e econômicos, e principalmente: criando uma identidade sob a qual ambos os povos se reconhecem. Nesse momento, a soberania individual de cada Estado-membro se transforma e abre espaço a uma inédita submissão à soberania do ente supranacional recém-criado.

Tamanha é a alteração de conceito, é natural que tal processo se dê de maneira lenta e gradual. É um processo muito maior que o fruto de uma alteração constitucional/legal, mas sim a expressão da alteração cultural de vários povos.

É fundamental que se tenha sempre em mente que a integração, além de não ter um modelo ideal pré-definido, não é um ato uno, e sim um processo a ser desenvolvido e moldado caso a caso. O objetivo é evoluir o sistema do bloco com

vistas a criação de uma unidade, desenvolvendo-se instituições comuns, a fusão das economias nacionais, a criação de um mercado mais favorável aos membros, a harmonização de todo o sistema jurídico do conjunto, e principalmente, uma identidade própria (ALENCAR, 2012, p. 258):

É equivocada a ideia, portanto, de que a evolução no processo integracionalista deve obedecer a uma ordem pré-estipulada, ou que o caminho trilhado por algum bloco econômico em processo mais avançado de integração sirva de receita para todos os demais. Pelo contrário, é justamente pelo estudo das características específicas de blocos mais avançados que se verifica a aplicabilidade (ou não) daquele modelo a outros casos.

Entretanto, o Direito da Integração já consegue identificar e destacar aspectos-chave que facilitam o estudo e vislumbram as possibilidades de sucesso no processo integrativo, conseguindo sobressair algumas fases que podem ajudar a medir o grau de desenvolvimento deste processo, o que será feito no capítulo seguinte.

É importante destacar também a dificuldade que há na medição do grau de desenvolvimento de cada bloco, justamente por não haver critérios objetivos e taxativos que os qualifiquem de determinada forma. Como será visto a frente, há uma diferença muito grande no que o bloco projeta como objetivo, e o que é feito na prática pelos seus membros, de maneira a deixar uma lacuna entre a teoria e a prática.

2. Principais fases do processo de integração

O processo de integração é composto de fases que, seguindo uma determinada ordem de evolução progressiva, facilitam e minimizam os impactos da gradual perda de soberania dos Estados-membros. Cabe analisar rapidamente cada uma dessas fases.

2.1 Zona de livre comércio

A criação da zona de livre comércio busca a eliminação das restrições aduaneiras em prol de uma maior liberdade comercial entre os países, buscando um maior tráfego de pessoas, bens e serviços. Tem um viés puramente econômico e de facilitação aduaneira.

Nessa fase, mantém-se intactas as soberanias nacionais de cada membro, uma vez que o objetivo do bloco é promover uma simplificação comercial de ato entre Estados autônomos, de maneira a permitir um maior intercâmbio comercial e cultural, dando início a uma aproximação das populações e servindo como abertura à receptividade do estrangeiro.

2.2 União Aduaneira

Considerada como uma etapa mais avançada da zona de livre comércio, a abertura a livre circulação é ainda maior e com cada vez menos restrições das legislações nacionais. Permite-se, por exemplo, que a mercadoria circulada internamente na União Aduaneira seja proveniente de um país terceiro, partindo-se da lógica os membros aceitem as mercadorias produzidas pelos sócios, mas também reconhecem a forma com que estes importam produtos de terceiros.

É uma forma mais avançada pois o país vale-se das normas de importação do país-sócio como se suas fossem demonstrando o início de uma aproximação do sistema jurídico dentro do bloco.

2.3 Mercado Comum

Em um degrau ainda maior na livre circulação, passa a ser permitida a livre e desimpedida circulação de pessoas, inclusive para buscar empregos nos países parceiros, bem como aceitar como válidos documentos oficiais dos outros Estados. Os cidadãos passam a ter liberdade de se estabelecer profissionalmente, residir e investir.

Não há mais barreiras alfandegárias e sanitárias, o que demanda uma normatização comum muito mais dura em relação a medidas de saúde pública, educação e segurança. Atenta-se ao fato de que quanto maior é liberdade de circulação interna no bloco, maior é a normatização para a entrada de pessoas e bens de territórios de terceiros, em prol da segurança de todos os Estados-membro. Ou seja, quanto maior a liberdade interna, maior a restrição externa – fato que se pode verificar com facilidade da União Europeia atual, especialmente quanto a crise dos refugiados.

2.4 União Econômica e Monetária

Considerado a etapa mais avançada do processo de integração, atingir uma unidade econômica plena significa dizer que o bloco está no maior grau possível nessa novo ordem. O único caso prático de aplicação em larga escala desse modelo é o da União Europeia, por meio do Tratado de Maastrischt, em 1992, com o implemento de uma moeda única, o Euro (ALENCAR, 2012, p. 262).

É importante notar que a afirmação da moeda comum é apenas um passo da união econômica, mas longe de ser o principal: até chegar a esse ponto é necessária uma integração tamanha que permita que todo o sistema econômico de vários países esteja coordenado, tal como controle de inflação, controle do déficit orçamentário, do endividamento público, taxa de câmbio, entre tanto outros. Sem tais ajustes prévios, a implementação da moeda em outro momento do processo integracionista está fadada ao fracasso (GOMES, 2010, p. 64).

Paralelamente a esfera econômica, desenvolve-se ainda todo um processo de integração política e jurídica, com a progressiva transformação de soberania para o ente supranacional, fato que, ao nosso ver, é ainda mais significativo que o aspecto financeiro.

3. Comparativo entre o processo de integração da União Europeia e do Mercosul

Considerando as fases básicas do processo integracionalista vistas acima, passa-se a se fazer possível uma análise comparativa entre a União Europeia e o Mercosul.

É possível, pelo arcabouço teórico tratado até aqui, verificar a possibilidade de comparação entre os dois blocos econômicos partindo da checagem de alguns parâmetros mínimos do processo comunitário. Entretanto, é importante ter em mente que tal comparação não visa estabelecer que o Mercosul só possa chegar a etapas mais elevadas no processo de integração se seguir os passos da União Europeia. Como visto acima, diversos sãos os caminhos que podem levar a diversos graus de integração, sendo o caso europeu um ponto de estudo, e não um objetivo.

Por obvio que a União Europeia, tamanho é o seu grau de desenvolvimento integracionalista, acabará sempre servindo como base de estudo, mas deve-se ter claro que o seu modelo não é o único que pode levar ao

desenvolvimento comunitário. Diversos são os objetivos que as a nações buscam em se submeter a uma ligação maior com outras, sendo absolutamente incorreto imaginar que o caminho seguido por um bloco é a receita certa, e que o seguido por outro é fadado ao fracasso.

É fundamental notar, entretanto, que é muito diferente estudar os degraus do processo de integração de forma teórica (como feito no capítulo anterior), de aplicar tais conceitos na prática. Isso porque a prática é influenciada por inúmeras interdependências, sendo praticamente impossível fazer um paralelo hipotético sobre o que teria acontecido se determinada decisão fosse ou não tomada no processo de integração (PORTO, 2006, p. 51). Assim, há sempre que se considerar que a dificuldade na medição dos efeitos do processo de integração.

O primeiro (e talvez o mais relevante) aspecto que demonstra essa diferenciação é o ambiente no qual o bloco econômico se criou e se desenvolveu. Os povos europeus foram compelidos pela gigantesca destruição ocasionada por duas guerras mundiais, que teve o Velho Continente como principal trincheira. Tais acontecimento iniciaram uma forte percepção comum que seria fundamental uma nova forma de organização e coabitação para que não fossem totalmente destruídos e outras novas (e bem prováveis) guerras (ALMEIDA, 2002, p. 11). Passaram a buscar mecanismos de integração cada vez mais fortes de modo a proteger o continente como um todo, com dois principais objetivos: criar um clima de harmonia interna que permitisse a coexistência plena de todos os participantes do bloco, e proteger todo o bloco de investidas externas (ALENCAR, 2012, p. 254).

Com essa percepção e a necessidade de encarar a relação internacional com outros olhos, a Europa inicia um processo de integração com foco evidentemente político. Guerra: essa foi a força motriz da criação do maior grupo integracionalista que o mundo já viu. Com o passar dos anos e com a estabilização da paz, o objetivo principal foi se alterando em busca de avanços sociais e econômicos, resultando na atual União Europeia, que ainda tem ambições ainda maiores no processo de integração.

Já o caso sul-americano é totalmente diferente. Trata-se de um território tranquilo, com membros pacíficos e sem histórico bélico e de destruição. O que move a criação e desenvolvimento do Mercosul é o intuito econômico, de modo que o processo de integração é usado como forma de acelerar o avanço econômico do bloco regional (GOMES, 2010, p. 51).

A diferença de escopo de cada bloco, por mais que pareça simples a uma primeira vista, tem efeitos profundos. Não é somente a vontade das administrações públicas que estão envolvidas, e sim o sentimento cultural dos povos envolvidos, de modo que a dualidade de intuitos na criação de cada bloco é suficiente para se afirmar a impossibilidade de comparação direta entre os dois casos. A questão cultural, com a criação e desenvolvimento de uma identidade supranacional tem muito mais valor que a vontade efêmera de se criar um bloco.

Em relação à suas fases no processo de integração, a União Europeia já se encontra no estágio de união econômica e monetária, com instituições supranacionais já bastante consolidadas, assim como uma verdadeira ideia de uma população europeia. Por sua vez, o Mercosul é considerado uma união aduaneira desde a criação da TEC – Tarifa Externa Comum. Entretanto, muito doutrinadores ainda entendem que não é considerado uma união aduaneira perfeita pois o bloco ainda está em fase de transição, em que é uma zona de livre comercio com uma TEC que abrange apenas determinadas parcelas de mercadorias (ROCHA, 1999, p. 24).

É certo, entretanto, que o bloco sul-americano ainda não tem as diretrizes de criação e desenvolvimento tão bem estabelecidas como a do bloco europeu, ao passo que o Tratado de Assunção não estabelece de forma clara qual o modelo de mercado que se busca (GOMES, 2010, p. 59). Isso abre a oportunidade de que vários estudiosos apontem o Mercosul como um "bloco imaginário", com a supremacia indiscutível de dois membros (Brasil e Argentina), e ainda sem um mecanismo de solução de controvérsias e uma estrutura institucional minimamente desenvolvida.

Embora este pareça ser um ponto que afasta o Mercosul de um objetivo integracionista mais profundo, não se pode dizer que vai contra o modelo europeu: a própria União Europeia precisa que rever seus objetivos de tempos em tempos, revisão periódica esta que ficou determinada no próprio Tratado de Maastricht (GIOVANELLA e GUIMARÃES, 2007, p. 308). Ou seja, é evidente que em um cenário mundial em que objetivos são alterados em alta velocidade, haverá alteração constante de intenções dos Estados-membros, alterações essas que serão levadas em conta de tempos em tempos para a tomada de decisões. O que se pode dizer, contudo, é que é completamente equivocada a ideia de pensar o Mercosul como potencial seguidor dos passos da União Europeia, pois são blocos em estágio completamente diferentes, com particularidades distintas, e percorrendo um

trajeto sem caminho único pré-definido. O processo de integração não é uma ciência exata.

Pode-se dizer ainda, sem sombra de dúvidas, que um dos fatores-chave que afastam o modelo sul-americano do europeu é a inexistência de uma mentalidade de um ente supranacional, ao passo que funciona tão somente como um mecanismo mais elaborado de relação intergovernamental (KEGEL, 2009, p. 65). Comparando-se com a União Europeia, faltaria ao Mercosul os seguintes pontos: (i) ausência de supranacionalidade; (ii) inexistência de uma estrutura institucional que defenda os interesses do bloco; (iii) inexistência de uma instituição que represente os cidadãos sul-americanos; e (iv) inexistência de um Tribunal, e de todo um sistema de solução interna de controvérsias (GOMES, 2010, p. 126).

É inegável que a experiência mais traumática do processo de integração está na abertura da soberania nacional, o que foi feito com ineditismo na União Europeia (ALMEIDA, 2002, p. 167). Mas, ao mesmo tempo que é um ponto extremamente complexo, é um dos pilares da criação da ideia supranacional que sustenta a evolução integracionalista – afinal, além de sua própria nacionalidade, um cidadão da UE se considera um europeu! É fundamental que a Constituição de cada Estado-membro aceite a delegação do exercício de competências para um poder supranacional, o que está longe de acontecer no Mercosul.

Vejamos o exemplo do Brasil: o parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal estabelece que "a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações". Mesmo se fazendo uma interpretação extensiva ao referido dispositivo, no sentido de interpretá-lo como autorizador de submissão a uma ordem supranacional (o que ainda não é pacífico entre os constitucionalistas), ainda há um grande preconceito quanto à aceitação de uma soberania compartilhada, que pôde ser verificada em 1994, quando o Congresso Nacional rejeitou a proposta de inserção de mais dois parágrafos ao referido artigo, que facilitariam a entrada em vigor de normas oriundas de órgãos internacionais (ALMEIDA, 2002, p. 173).

Por outro lado, não se pode dizer que o Mercosul está absolutamente fechado à tal nível de integração: Argentina e Paraguai são dois Estados-membros que alteraram as suas constituições após a assinatura do Tratado de Assunção para autorizar o seu ingresso em um sistema supranacional (REIS, 2001, p. 271). O Uruguai segue o exemplo brasileiro de não haver tal previsão constitucional.

Outro ponto que diferencia os dois blocos é o ritmo da integração: enquanto a UE encontra-se em ritmo acelerado desde sua constituição, o Mercosul parece estagnado (há quem diga que está retrocedendo às discussões sobre os objetivos de sua constituição). Tal fato é atribuído à conjuntura da última década de seus membros, atingidos por fortes crises financeiras e políticas, que ocasionaram diversos conflitos comerciais internos (GIOVANELLA e GUIMARÃES, 2007, p. 308). Interessante perceber, com isso, a importância de uma coordenação política supranacional e da criação de um organismo específico para tal controle, já que a tomada individual de decisões afasta a aproximação harmônica dos aspectos políticos e econômicos do bloco.

CONCLUSÃO

Analisando-se as questões teóricas do Direito de Integração, juntamente com a análise da conjuntura de criação da União e Europeia e do Mercosul, considerando-se ainda a realidade atual de seus membros e os objetivos de cada bloco, é de se verificar que o bloco sul-americano ainda está bastante atrasado no processo integracionalista em comparação ao bloco europeu – o que não é nenhuma surpresa.

Entretanto, fica claro que não é correto esperar que um bloco que vise avanços no processo de integração tenha que seguir obrigatoriamente o caminho traçado por outro em grau mais elevado nesse processo. O processo de abertura das regras nacionais não é simples, especialmente no que tange na redefinição do conceito de soberania, e demanda um esforço muito maior que simples alterações normativas: é necessário criar todo um aparato institucional (intergovernamental e supranacional), bem com despertar na população uma identidade continental transfronteiriça, para abraçar a população vizinha de maneira muito mais profunda que geralmente é feito.

Ao mesmo tempo que se deve reconhecer que o Mercosul ainda engatinha no processo de integração, não se pode dizer que ele é meramente figurativo: o bloco existe, funciona, e atinge muitas das suas expectativas. Alcançou um grau de integração inédito no continente americano, deixando de ser um projeto de governantes e sendo difundido no âmago da população dos Estados-membros (REIS, 2001, p. 276).

A comparação simplória com a União Europeia é injusta ao passo que é evidente que no Mercosul, desde sua criação até os dias de hoje, tem como objetivo

claro a busca de uma mera cooperação intergovernamental com foco econômico, sem o estabelecimento de algum poder acima da esfera nacional, o que afasta a integração no seu conceito mais profundo (ALMEIDA, 2002, p. 170). Dessa maneira, fica impossível a comparação direta ao passo que os dois blocos não têm os mesmos objetivos.

A incompatibilidade nos motivos e escopos de cada bloco são tamanhas que podem, inclusive, prejudicar a associação entre os dois blocos, ante a clara incompatibilidade de interesses. Não se pode esperar que o Mercosul, politicamente movido por várias vontades individuais de seus membros, tenha facilidade em associar-se com a União Europeia, que negocia como se apenas uma fosse. Os interesses certamente são muito mais conflitantes, em praticamente qualquer área de interesse.

Engana-se quem pensa que o futuro do processo de integração deve seguir estritamente o caminho traçado pela Europa: tal pensamento limita o Direito de Integração como uma rota imutável e inescapável. Pelo contrário, o Direito de Integração dá subsídio e instrumentos que permitem modelos completamente personalizáveis, que vão depender principalmente da situação história de cada bloco regional e seus objetivos. Ter a União Europeia como foco de estudo limita-se a verificar na prática um fenômeno inédito (ALENCAR, 2012, p. 258), o que não significa que serve de espelho obrigatório para outros casos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Aline Cristina Amaro de. *Processo de integração da União Europeia e do Mercosul*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, vol. 80, p. 253-297, jul.-set./2012.

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul & União Europeia*: estrutura jurídico-institucional. 2ª ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá: 2002.

GIOVANELLA, Ligia e GUIMARÃES, Luisa. *União Europeia e MERCOSUL*: mercados ampliados, soberanias desafiadas. Entrevista com Sonia de Camargo. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 23 Sup. 2:S303-S314, 2007.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos*: solução de controvérsias. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

KEGEL, Patrícia Luiza e AMAL, Mohamed. *Instituições, direito e soberania*: a efetividade jurídica nós processos de integração regional nós exemplos da

união europeia e do Mercosul. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, vol. 52, p. 53-70, 2009.

PORTO, Manuel Carlos Lopes e JÚNIOR, Renato Galvão Flôres. *Teoria e políticas de integração na União Europeia e no Mercosul*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ROCHA, Maria da Conceição Ramos. *Mercosul:* alcances da união aduaneira no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

REIS, Mário Monteiro. *Mercosul, União Europeia e Constituição*: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REFLEXOS DA GOVERNANÇA NAS COMPRAS PÚBLICAS E NO COMBATE À FRAUDE NO ACORDO ENTRE O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPEIA: mecanismos de integridade eficiente no combate as barreias de entrada nos mercados econômicos

Marcelo Almeida
UniCEUB -PPGD
Brasília/DF, Brasil
almeixandre@gmail.com

Resumo: O presente artigo pretende analisar a conjugação dos elementos constante no tratado de livre comércio firmado entre o Brasil e União Europeia. A ideia é demonstrar que a efetividade das compras governamentais e do combate à fraude previstas no acordo não se aplicam sem os conceitos de integridade e governança recomendados pela ODCE. Nesse particular o Brasil possui protagonismos operacionais e deficiências estruturais reveladoras de que algumas barreias à entrada podem mitigar os ganhos prospectados. Para elaboração do trabalho fora utilizado levantamento bibliográfico para sustentar a argumentação promovida no desenvolvimento.

Palavras-chave: União Europeia, Mercosul, Brasil, compras governamentais, fraude, governança, integridade, barreiras à entrada

Abstract: This article intends to analyze the combination of elements contained in the free trade agreement signed between Brazil and the European Union. The idea is to demonstrate that the effectiveness of government procurement and the fight against fraud provided for in the agreement do not apply without the concepts of integrity and governance recommended by ODCE. In this regard, Brazil has operational roles and structural deficiencies that reveal that some barriers to entry can mitigate the prospective gains. To elaborate the work, a bibliographic survey was used to support the arguments promoted in development.

1. Introdução

Relações comerciais para além das fronteiras nacionais sempre movimentaram o comercio mundial. A inovação e a tecnologia incorporadas ao longo dos séculos revelaram a humanidade que se agrega mais valor agregado pela atividade mercantil do que pelas guerras.

Nesse sentido temos o Acordo internacional de livre comércio pactuado entre o Mercosul e a União Europeia. Trata-se de dois blocos econômicos robustos habilitados a movimentar muitos benefícios recíprocos que candidatam seus respectivos países a ocuparem posições de vanguarda no comércio mundial.

Na prática, o acordo prevê elementos práticos que carecem de detida análise para prospectar resultados positivos. O controle fraudes com relação a originalidade de produtos, para que países integrantes dos blocos sejam provedores valorativos, e não meros repassadores é uma dessa condições formalizadas.

Outro aspecto fundamental corresponde as compras governamentais. É um mercado que movimenta recursos significativos, razão pela qual merece muita atenção pelas autoridades de cada um dos países para manter o ambiente de negócios íntegro, apto a resultar resultados eficazes e eficientes.

Não há como promover integridade sem boas práticas de governança. Nesse sentido, o OCDE tem posição de vanguarda quanto as recomendações a serem adotadas nos países avaliados, como é o caso do Brasil.

No caso do Brasil o maior desafio é a estruturação estratégica dos mecanismos de integridade. Tais elementos são fundamentais no combate à fraude e a corrupção nas compras públicas. O diagnóstico da OCDE é orientador da confiança que o mercado internacional deposita no Acordo de livre comércio pactuado, cujo sucesso depende de constantes aprimoramentos dos fatores de governança.

Em se tratando de livre comércio e benefícios, é imperioso analisar os impactos que causa nos mercados envolvidos, notadamente se há barreiras à entrada. Cada realidade de mercado dos países componentes do bloco tem o compromisso de possiblidade hígida concorrência que traga benefícios públicos e recíprocos.

2. Acordo Mercosul e União Europeia: elementos de governança

O acordo firmado entre os dois grandes blocos econômicos do mundo é um marco mundial. Estamos tratando de uma das maiores áreas de livre comércio do planeta, com dados significativos: somados, representam 25% do mercado mundial e aproximadamente 780 milhões de pessoas (Vilela, 2019). A livre comercio entre os blocos vai representar um ganho significativo para os dois lados.

Para o produto interno brasileiro (PIB) o Ministério da Economia estima que haverá ganhos na ordem de R$ 87.5 bilhões em 15 anos, podendo alcançar valores maiores variantes de acordo com a produtividade refletiva pela livre transação de produtos ou serviços.

O acordo firmado em junho de 2019 tem um grande potencial para gerar ganhos. No momento de guerra comercial entre China e EUA, o acordo é um prestígio ao multilateralismo. Certamente não foi fácil, pois é resultado de mais de 20 anos de negociações. O alongado prazo, no entanto, deve priorizar elementos contemporâneos fundamentais para governança dos blocos.

Boas práticas de governança corporativa correspondem a princípios básicos com o objetivo de "preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum" (IBGC, 2021).

Sob a ótica britânica, a governança corporativa não deve ser tratada como um todo sistemático *on the book,* mas como políticas implementadas que fazem sentido na instituição ao qual se incorpora. É a partir de Cadbury que a governança cria a vertente 'pratique ou explique' exatamente para tornar possível a aplicação desse conteúdo a pequenas e médias organizações (Almeida, 2019).

Para a OCDE, a governança é o exercício da autoridade econômica e administrativa. Trata-se de um *framework* segundo o qual as políticas públicas devem ser desenvolvidas, coordenadas, implementadas, avaliadas e modificadas com abordagem flexível que atenda todo as esferas de gestão dos governos (Thorstensen & Jr, 2020).

Na década de 1990 a própria OCDE reconheceu a existência de alguns princípios de direito administrativo que norteiam a boa governança pública: legalidade, transparência, accountability, eficiência, efetividade.

Em se tratando de direito administrativo, é importante pontuar que existem dois sistemas: o sistema de dualidade de jurisdição dividido: ordinária e comum (exercida pelo Poder Judiciário sobre os atos dos particulares em geral); jurisdição administrativa (composta por Tribunais administrativos que resolvem as questões do Estado de forma independente do Executivo); o sistema de unidade de jurisdição (origem inglesa) confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir de forma definitiva sobre a juridicidade de todos os atos praticados pelo Estado e os particulares (Oliveira, 2016).

No Brasil, adota-se o sistema unificado de jurisdição, diferente do que ocorre na Alemanha ou em Portugal. A dualidade de sistemas não quer dizer que a preponderância da principiologia da governança possa ser mitigada: qualquer que seja o sistema, é importante uma visão transnacional dos Estados para aproximar interesses sociais e econômicos na direção do desenvolvimento dentro dos elementos da boa governança pública que passaremos a discorrer.

1.1. Legalidade

O princípio da legalidade é uma regra de obediência que respalda o republicanismo nas conjugações de governo. Admitir a superioridade do estipulado em lei, a partir da reserva legal, é paradigma hermenêutico que consolida pensamento seguro a ao relacionamento transnacional no multilateralismo das relações humanas.

Para enxergar a legalidade por esse viés humano tomo de empréstimo as lições de Luís Roberto Barroso quando pontua na necessária visão plástica e universal da dignidade da pessoa humana. Assim como na dignidade humana, não podemos pensar em visões de legalidade descoladas de três elementos fundamentais. O primeiro deles é a laicidade – é importante que a legalidade não sirva como elementos de dominação ou para justificar visões totalitárias e unitárias do mundo; o segundo é a neutralidade política, por intermédio da qual os paradigmas de legalidade possam ser compartilhados por liberais, conservadores, ou socialistas; por último, a universalização, cujos conceitos possam ser compartilhas com humanos, independente das regiões que estejam (Barroso, 2013).

Importante esclarecer que não se trata de renunciar a aspectos soberanos dos Estados. A ideia é fixar conteúdos mínimos intercambiáveis que possibilite a conjugação de interesses com benefícios recíprocos. Conforme veremos, movimentos de combate a corrupção, lavagem de dinheiro de fraudes só são assertivos se pautados por multilateralismos conjugados, como é o caso do GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional) que é um organismo intergovernamental com o objetivo de combater a lavagem de dinheiro e o terrorismo pelo mundo (Corrêa, 2013).

1.2. Transparência

A transparência não é somente uma atitude, mas o desejo de revelar ao parceiro informações que são do respectivo interesse. É exposição pelas vias de comunicação tanto os dados positivos como os negativos de desempenho, tais como problemas identificados e pendentes de solução, metas estratégicas não alcançadas e variações negativas em alguns indicadores operacionais ou financeiros (Lauretti, 2020).

No contexto internacional a ideia de transparência associada a reciprocidade corresponde a conjugação poderosa para criar laços de prosperidade.

1.3. Accontability

O conceito de accontability associado a questão governamental significa prestação de contas de ações e atitudes. O US Government Accountability Office é um departamento do governo americano (que completará 100 anos em 2021) responsável por examinar "como os dólares dos contribuintes são gastos e fornece ao Congresso e às agências federais informações objetivas, não partidárias e baseadas em fatos para ajudar o governo a economiza dinheiro e trabalha com mais eficiência" (GAO, 2021). Tomando como paradigma o conceito de accontability do Estado americano, verificamos uma forte relação entre a supervisão dos gastos públicos para torná-los cada vez mais eficiente. Assim a GAO é uma instituição pública vinculada ao poder legislativo para exercer a função de auditoria das contas governamentais (GAO, 2021).

No Brasil a função relacionada a auditoria é conferida ao Tribunal de Contas da União por determinação constitucional prevista no art. 71 da Magna Carta. O controle externo diz respeito as primeiras atribuições do Poder Legislativo prevista na Magna Carta de 1215 que atribuía a Assembleia dos nobres feudais a função de autorizar alguns gastos da Realeza, como casamento de filhas por exemplo (Canotilho, 2013).

1.4. Eficiência

A eficiência com princípio da governança deve ser destinada ao bem estar. Podemos classifica-los assim: eficiência produtiva como aquela que traz mais bem

estar com o menor custo possível; já a eficiência técnica está relacionada é a conversão da política pública no bem estar prático. Assim, é eficiente a política pública que satisfaça o bem estar com economicidade e produtividade (GICO, 2020).

A eficácia é a capacidade de gerar resultados pretendidos pela política pública. Enquanto a eficácia está relacionada ao atingimento dos objetivos pré-definidos, a eficiência se preocupa com os meios para atingir os objetivos.

A novel concepção de governança não se preocupa somente com o resultado, mas com a jornada percorrida para alcançá-lo. Por isso, preocupações relacionadas as ações fraudulentas são fundamentais: nos conceitos estabelecidos a fraude pode ser eficaz(estressando o argumento), mas nunca poderá ser eficiente em razão de ser um ilícito a ser evitado.

Feitas as considerações quanto a governança, passamos a analisar os capítulos do acordo Mercosul e União Europeia especialmente com relação a fraudes e compras públicas

3. Fraudes no Acordo Mercosul/União Europeia

O Acordo do Mercosul com a União Europeia prevê no parágrafo primeiro do artigo XY um chamamento para que todas as partes se comprometam em combater fraudes, violações do acordo e ilegalidades de quaisquer legislações das partes, em especial no que no que diz respeito aos protocolos de certificação de origem dos produtos e serviços, além protocolo de mútua assistência governamental.

2.1. Certificações de origem

A certificação de origem dos produtos corresponde a uma série de elementos que devem ser materializados. De forma genérica, com relação ao União Europeia/Mercosul, devem corresponder:

a) plantas, animais e minerais que tenham sido cultivados, criados, ou extraídos nos países que compõem dos respectivos blocos;

b) todos os produtos devem ser originários dos territórios;

c) há a possiblidade dos produtos incorporarem elementos não originais, com exceções previstas no próprio protocolo (anexo II do Acordo) que estabelece a essencialidade de uso de insumos para caracterização do produto.

Veja que a fraude pode corresponder a possiblidade de determinado país exportador se valer de regra de livre comércio de produtos não produzidos em seu território. Na hipótese, o país que age como mero intermediador de produtos viola as regras de livre comércio convencionados no Acordo, por fraude.

No texto do acordo, não serão originários os produtos 'de passagem', ou seja, aqueles que tenham sido só embalados, ou sujeitos a poucas manufaturas. Como exemplo dos 11 itens previstos no Artigo 6 do Protocolo de Certificação de origem (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, s.d.) podemos citar: remoções de coberturas (óleos, limpeza ou poeira) (item 'c'); sujeitos a pressão ou passagem têxteis (item 'd'); descascar frutas ou verduras (item 'h'); abate de animais (item 'q'), simples envazar de produtos, acondicionamento em caixas, frascos, sacos ou estojos, e demais operações de embalagens simples (item 'k').

A ideia de certificação da origem está associada a critérios básicos para determinar a origem dos bens: serem os produtos totalmente produzidos e obtidos nos blocos, respectivamente; alterações substanciais em produtos originais que gerem modificações substanciais para serem funcionais. Com base nessa classificação, o acordo firmado prevê a possiblidade de auto certificação, mecanismos diferentes do adotado pelo Mercosul (Maduro, Viega, & Rios, 2020).

2.2. Protocolo de Assistência Mútua

O protocolo de assistência mútua corresponde ao compromisso dos signatários em designarem responsáveis pela orientação quanto a entrada de produtos em conformidade com as regras do tratado e as legislações aplicáveis por cada qual das partes (Ministério da Agricultura., 2019).

Cooperação mútua, na prática, deve corresponder a especificação do regime aduaneiro de importação e exportação por cada uma das respectivas autoridades, com vistas a facilitar a compreensão tarifária pelas partes que transacionam. Além disso, estabelece que as requisições para gozar dos benefícios do acordo sejam feitas por escrito (em meio físico ou eletrônico) a ser conformado pela autoridade requisitante imediatamente.

Estabelecer mecanismos de mútua cooperação, na essência, é colocar todos os atuantes no mesmo patamar, ou seja, cooperar para que dúvidas regionais sejam prontamente esclarecidas, e que legislações locais não se sobreponham a vontade manifestada pelos termos do Acordo entre os Blocos. Nesse quesito, particularidades tributárias relacionadas a Estados e Municípios devem ser harmonizadas para não funcionarem como elementos de conflito ou afastamento de proveitos sociais e econômicos.

Imperioso destacar que o Acordo Mercosul/União Europeia levou mais de 20 anos de discussões. Do marco de associação regional firmado em 1995 até o acordo concretizado foram percorridas três etapas: a ratificação do acordo em 1999, com início das negociações em 2004 pela percepção das partes de que as propostas sob a mesa não seriam suficientes; a segunda etapa, em 2010, (quando o Mercosul era presidido pela Argentina) houve a determinação de que as negociações fossem retomadas. Nessa fase, Brasil e Argentina contribuíram decisivamente para retiradas de condicionantes protecionistas do bloco que permitiram o retorno à mesa de negociação; finalmente, sob a presidência do Brasil no Mercosul, as negociações foram concluídas com sucesso (Maduro, Viega, & Rios, 2020, p. 11)

A jornada evidencia que as partes amadureceram debates suficientes para tornar assertivo os termos do acordo. É certo que disputas comerciais entre EUA e China (protagonistas de guerras econômicas com reflexos mundiais) provocou o mundo a desenvolver alternativas comerciais.

O tempo percorrido não beneficia os elementos de combate à fraude. A violação das políticas de cooperação de forma sistemática, como também a fraude em caracterização de origem pode levar a contraparte atitudes de denúncia das fraudes encontradas.

4. Tratamento da Fraude no Acordo Mercosul e União Europeia

O Acordo possui mecanismos de solução no caso de ocorrência de fraudes. A suspensão temporária de tratamento diferenciado pode ser cominada pelo país que identifica a fraude por até três meses. A pena, no entanto, deve estar condicionada a demonstração de evidências das fraudes perpetradas,

circunstâncias reveladoras da presença dos conceitos governança, em especial a para tornar claro para todos os elementos da suspensão[1].

3.1. Compras Governamentais

A principal medida da previsão das compras governamentais é proporcionar acessos a mercados gigantescos que podem gerar ganhos mútuos. A rentabilidade, no entanto, considera que elementos norteadores das relações construídas sejam obedecidos. Estamos falando de não discriminação, transparência e equidade.

A não discriminação significa que empresas nacionais e estrangeiras deverão concorrer em igualdade de condições. Tanto no Brasil como na Espanha, há de se garantir igualdade de condições na expectativa que se ganhe em qualidade e competitividade nas compras públicas.

Nesse particular é importante citar o esforço brasileiro em aprovar uma nova lei de licitações que prevê a possibilidade de compras por intermédio dos diálogos competitivos. Esse mecanismo é conhecido pela União Europeia desde 2004, e possibilita o diálogo entre os setores público e privado para encontrar a melhor solução para o serviço a ser licitado. Após o diálogo, as empresas debatedoras podem oferecer proposta (ONLL, Observatório da Nova Lei e Licitações, 2020).

A proximidade dos elementos de compras públicas é um facilitador para intercambiar diretrizes para aquisições entre os países.

No Brasil, há um desafio para que o pacto federativo não prejudique a eficácia do acordo: é necessário que a autonomia dos Estados e dos Municípios não permita que privilégios comprometedores do Acordo internacional entre o Mercosul e a União Europeia seja desrespeitado.

---

[1] Nessa particular seguem os itens : failure to fulfil the obligation to verify the originating status of the products concerned, under the procedures established in the Protocol on Rules of Origin regarding origin verification (Articles ZZ…) and cooperation between customs authorities and competent governmental authorities (Articles YY…); refusal or unjustifiable delay in communicating the result of a verification of origin conducted in accordance with the relevant Articles laid out in the Protocol on Rules of Origin (Articles…); absence of administrative cooperation as provided for in the Protocol on Mutual Administrative Assistance in Customs Matters (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, s.d., p. Articule XY).

A transparência, por sua vez, é fundamental para deixar claro as perspectivas das aquisições a serem deflagradas. Para que as regras sejam claras, inclusive as perspectivas de compras, o governo federal lançou portal de compras públicas na internet[2] cuja função é fornecer dados, esclarecer etapas, e dar mais acesso as compras públicas (Governo do Brasil , 2020).

O painel de compras do governo federal pode funcionar como estímulo a participação, pois se propõe a se apresentar como elemento facilitador das compras públicas brasileiras. Ser transparente não significa somente dar acesso, mas também incentivá-lo para aproximar dos cidadãos e empresas que queiram conhecer a ferramenta e desfrutar dos benefícios.

A equidade é garantia e tratamento verticalizado que se amplia com o Acordo entre os dois blocos. Critérios de escolha baseados em regionalismos devem ser considerados com elementos de discriminação positiva.

Por isso, em se tratando de compras governamentais, estão mantidas salvaguardas para pequenos e médios empreendedores (item 'V' do artigo 28 (Ministério da Agricultura., 2019, p. 23)). O favorecimento é prestígio a regra internacional da nação mais favorecida, que tem a principal pretensão de promover a melhor informação compartilhada entre as partes; estabelecer critérios de cooperação; vedar tratamento discriminatório; promover contrapartida (Massala, 2019).

Os favorecimentos recíprocos têm a pretensão de fazer com que os patamares de competitividade decorrente do intercâmbio das compras possam estar equiparados em 15 anos (Brasil, República Federativa, 2019)

5. Orientações da OCDE e *standards* interacionais

O OCDE é uma organização internacional criada em 1961 com o objetivo de desenvolver padrões de políticas públicas que melhorem a qualidade de vida das pessoas (Thorstensen & Jr, 2020, p. IV).

O Brasil não é membro da OCDE, mas um associado que participa de uma série de grupos de trabalho, tendo sido avaliado pela OCDE em diversos aspectos, com a integridade pública.

[2] https://www.paineldecompras.economia.gov.br

Em ser tratando de uma perspectiva de cambiar produtos e serviços de forma transnacional, a OCDE toma grande importância na formulação de padrões de conduta, sobretudo no que diz respeito ao combate a crimes como fraude e lavagem de dinheiro.

Um ambiente de negócios saudável não se consolida sem mecanismos de governança robustos que tenham por finalidade combater crimes, e não permitir, por exemplo, que o Brasil fique de fora do pujante comércio internacional.

A OCDE tem como conceito de governança o exercício da autoridade política, econômica e administrativa do país. Dentre as diretrizes, a OCDE contribui para que governos desenvolvam estratégias políticas baseada em evidências para o fortalecimento de governança pública destinada a anteder os desafios contemporâneos relacionados aos cidadãos (OCDE, 2020).

No combate a ilícitos, há necessidade de pleno aprimoramento dos mecanismos de governança e controle. Nesse particular ganha grande destaque a recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública como estratégia de combate a corrupção (OCDE , 2017).

Já em 2017 a OCDE recomendou aos países membros e associados a adoção de medidas de implementação de integridade pública para alinhar valores de interesse público priorizado em relação aos interesses privados. Para isso, é fundamental que os países construam um sistema de integridade aderente refletidos em compromisso público, responsabilidades institucionais, estratégias baseadas em evidências, e padrões de conduta dos funcionários públicos.

4.1. Compromisso público

O compromisso significa elaborar um sistema de integridade vinculado a gestão pública e a estrutura de governança. Isso significa o comprometimento claro da alta administração pública para assegurar que as estruturas legislativas e institucionais responderão com eficácia por intermédio de todas as atividades desempenhadas pelos servidores públicos.

Para que o compromisso seja eficaz é importante que todos os servidores públicos façam adesão ao sistema de integridade. Nesse sentido, a alta administração deve dar o exemplo, para que os subordinados sigam como paradigma de cumprimento da integridade.

4.2. Responsabilidades institucionais

A responsabilidade quer significar a distribuição adequada em todos os níveis governamentais (organizacional, nacional, o subnacional) para liderar e implementar a integridade liderada no âmbito estratégico e operacional.

Os níveis de governo diferenciados (União, Estados e Municípios) devem respeitar a autonomia federativa e distribuir de forma vertical e horizontal as responsabilidades. Isso significa que a cooperações entre os diversos níveis de governo vai dar o tom a eficácia do programa de integridade: quanto maior for o grau de cooperação federativo, mais eficiente será a integridade governamental como um todo.

4.3. Estratégias baseadas em evidências

A abordagem estratégica da integridade está relacionada a elaborar políticas públicas baseadas em evidências par mitigação de riscos. Assim, a estratégia é elaborar objetivos e prioridades práticos que levem em consideração a integridade e a ética como fatores solucionadores do bem estar social.

A coleta de evidências que suportem a estratégia deve pautar pela busca de benchmark no mercado, além da fixação de indicadores de desempenho que possam trazer dados confiáveis para o dimensionamento dos riscos, elaboração de políticas públicas, que resultam na integridade como mecanismos eficaz.

4.4. Padrões de conduta dos funcionários públicos

O padrão de conduta é fundamental para que haja uma simbiose entre as responsabilidades de cada servidor público e os valores institucionais pregados pelo governo.

Para que seja possível é fundamental a adoção de códigos de conduta para lapidar o comportamento dos servidores notadamente no que diz respeito a procedimentos claros, proporcionais, na direção da prevenção de violações dos padrões de integridade, e gerenciamento do conflito de interesses.

A conduta que se propõe está relacionada a insights comportamentais que devem ser incorporados aos novos ambientes regulatórios dos governos. Na prática, é orientar padrões por intermédio da arquitetura de escolhas que os servidores para tomada de decisões diárias. Para que isso seja possível, é imperioso

analisar a estrutura de incentivos que compõe o processo decisório (Dematté, 2020).

O comportamento humano deve ser direcionado pela estrutura de incentivos posta à disposição do processo decisório, perspectiva que se alinha com a prevenção codificada para orientação de comportamento, não somente a repressão de condutas. Não bastam, portanto, códigos de condutas repressivos, mas orientativos e deontológicos das condutas.

6. **Brasil: perspectivas de enfrentamento das fraudes e compras públicas**.

No exercício de encontrar os melhores mecanismos parar dar amplitude as suas ações comerciais e negociais o Brasil vem empreendendo esforços legislativos para que se consolide uma realidade hígida de competitividade e benefícios.

Nesse particular merece destaque uma série de elementos estruturadores de integridade pública que contribuem decisivamente para diminuir o risco de corrupção em compras públicas e fraudes.

Apesar de previsto em Decreto há mais de 50 anos (art. 30 e 31 do Decreto-Lei 200/67[3]), somente em 2001 o Estado brasileiro passou a se organizar de forma estrutural, adotando mecanismos de desconcentração administrativa: coordenação central de atividades comuns, interligando órgãos setoriais a um órgão central.

Em 2001, com a criação da Controladoria Geral da União, o Brasil passa a ter um órgão central para controle da transparência, auditoria pública, correição e responsabilização, ouvidoria e participação, prevenção e combate a corrupção, e integridade (Dematté, 2020, p. 68).

Assim, a CGU já possui um sistema de controle interno, um sistema de correição e um sistema de ouvidorias.

Dados do sistema de correição revelam que em 2020 a CGU aplicou 509 sanções, sendo que 81% correspondem a pena de demissão do servidor público (CGU, 2021).

[3] O texto dos artigos está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm

Já com relação ao sistema de controle de compras públicas, 2.321 pessoas físicas e jurídicas foram punidas, sendo que dessas 61% estão proibidas de contratar com a Administração Pública pelos próximos 5 anos (CGU, 2021).

Com relação ao sistema de ouvidorias, o painel 'resolveu?' revela que no ano de 2020, foram 868.259 manifestações as ouvidorias na esfera federal, sendo que mais de 90% foram respondidas: 88% dentro do prazo, e 12% fora do prazo. Com isso há um índice de satisfação correspondente a 50% dos usuários (CGU, 2021).

O Brasil começou de fato a incorporar mecanismos que aproximam as orientações de governança da OCDE. A geração de dados permite a accontability para gerar as evidências necessárias ao desenvolvimento de políticas públicas assertivas.

A adoção definitiva da gestão pública desconcentrada possibilita a sistematização de normas jurídicas que relacionam a integridade a governança, pois dá resultados práticos das orientações verticais e horizontais das ações de governo.

A transformação cultural é o principal desafio da integridade. A CGU tem incentivado a criação de mecanismos setoriais com a finalidade de amoldar, com o tempo, os comportamentos dos servidores que, com suas atitudes, possam criar um ambiente cultura mais ético (Zenkner, 2019).

5.1. Avaliação de Integridade no Brasil pela OCDE (OCDE, 2011)

Em 2011 a pedido do governo brasileiro, a OCDE fez recomendações e propostas com relação as ações de integridade empreendidas para o fortalecimento de cultura ética que afaste a ocorrência de crimes como corrupção, fraude, e desvios de compras públicas.

A primeira recomendação diz respeito a incorporação da gestão dos riscos ao patamar gerencial de governo. A OCDE reconheceu a existência de políticas de gestão de riscos operacionais, mas salientou a necessidade de os riscos terem um olhar gerencial. Como dito, de 2001 até agora, ações foram empreendidas, inclusive com reconhecimento da própria OCDE dos esforços de implementação dos riscos operacionais na área bancária (cumprimento das diretrizes do Acordo da Basiléia), mas pendente do controle de riscos gerencial.

Nesse particular, a primeira recomendação revela uma crítica ao processo de desconcentração da administração pública brasileira. Segundo a OCDE, a centralidade do controle interno na CGU não permite que os gestores de determinados órgãos públicos federais não participem de forma ativa da criação e manutenção do controle interno. Além disso, a autonomia do controle interno de cada órgão resulta na adoção de riscos pelos controles internos desconcentrados desalinhada com a gestão e a responsabilidade da CGU. Isso retira do sistema a simbiose necessária entre a gestão de riscos operacional e estratégica para tornar o processo robusto de forma sistêmica.

A segunda recomendação diz respeito a capacidade de cumprimento dos objetivos de um programa de integridade. Segundo a OCDE não existe uma regra única sobre o nível de capacidade necessário para garantir o funcionamento das instituições na direção dos objetivos traçados.

A recomendação exemplifica o ponto com criação de ouvidorias: entre 2002 e 2010 aumentou de 40 para 157. Apesar de se tratar de um ganho no aspecto operacional, e o cumprimento de normas como acesso à informação e transparência, não existiam em 2011 as evidências de capacidade de resposta e de desempenho necessário para as atribuições de ouvidoria.

A capacitação constante é premissa de um sistema de integridade efetivo. Não só na contratação de novos servidores, mas reforços de conteúdo periódicos são importantes para manter viva a cultura da ética e da integridade na organização (Codignoto & Valeriano, 2018). A capacitação dos servidores públicos deve demonstrar um olhar sistemático para a integridade, inclusive para aproximar a alta administração federal das rotinas operacionais para subsidiar a melhor tomada de decisões. Hoje vemos o painel 'resolveu?' como importante fonte de indicadores (revela o grau de satisfação do público consulente, por exemplo) como fator preponderante para orientação de decisões estratégicas.

A quarta e última recomendação diz respeita a necessidade de implementar um compromisso coletivo na direção da reforma para integridade. Segundo a OCDE, o Brasil já criou uma série de estruturas de integridade que precisam ser coordenadas pelas autoridades centrais da Administração Pública. Isso significa, na prática, que o programa de integridade no Brasil não deve se cingir a esfera federal, sendo necessário replicá-lo para os Estados e os Municípios também.

Vimos pelas recomendações que, de uma forma geral, a OCDE aponta desarticulação estratégica das ações de governo empreendidas. O relatório é de 2011, portanto, na prática a Controladoria Geral da União vem desempenhando ações para resolver as recomendações, sobretudo porque é estratégico para política de governo contemporânea a ingresso do Brasil como país-membro da OCDE.

7. Recomendação da OCDE X realidade Brasileira: uma barreira à entrada para compras públicas dos europeus?

Vimos nos dois últimos itens que o Brasil empreende esforços de ordem estrutural e as críticas da ODCE, de forma geral estão relacionadas a questões estratégicas no que diz respeito a implementação de integridade tão cara a maturidade institucional no combate a crimes como fraude e corrupção.

A OCDE cria padrões de conduta para que seus associados e filiados sigam oriundos de experiencias trocadas pelos diversos países participantes da organização. Exatamente por ter conhecimento de diversos países, a OCDE tem a condição de orientar padrões de conduta e comportamento.

A dúvida é com relação as adequações regionais confrontadas com implementação dos padrões: será que a imposição (como condição a participar da ODCE por exemplo) não poderia funcionar como barreira de acesso à mercado com relação os produtores locais? Será que o mercado brasileiro possui maturidade para receber concorrentes exteriores e competirem com eficiência?

O conceito de barreiras à entrada é econômico que está relacionada a um comportamento de firmas que já compõem um marcado convidativo a entrada de novos players. A barreiras se desenvolvem com a elevação de preços acima de um determinado nível competitivo que promover o desinteresse de novos entrantes (Yada & Filho, 1999) .

Com o domínio de firmas de determinado mercado, a entrada só ocorre com a conjugação de alguns fatores: vantagem de custo, diferenciação de produto e manutenção de economias significativas à firma de grande escala pelas firmas estabelecidas.

Existem seis fontes de barreiras de entrada a seguir discriminadas (Porter, 1991):

1. Economia de Escala: sujeita o entrante a produzir em grande escala, o que funciona como limitador em razão do custo elevado de acesso ao mercado.
2. Diferenciação do Produto: esse item diz respeito a identificação do mercado com a marca dos produtos neles vendidos;
3. Necessidade Capital: são os recursos financeiros que podem corresponder a valores irrecuperáveis como a publicidade inicial ou para pesquisa e desenvolvimento.
4. Custos de Mudança: esse diz respeito ao consumidor: é o custo que empreende por trocar um produto pelo outro.
5. Acesso de Canais de Distribuição: pode ser criada pela necessidade da nova entrante de assegurar a distribuição do produto.
6. Política Governamental: esta barreira de entrada diz respeito a questões regulatórias que facilitem ou dificultem o acesso ao mercado: licenças de funcionamento, força regulatória (preços mínimos preestabelecidos etc.).

Aplicar os conceitos de barreiras à entrada a realidade do acordo entre o Mercosul e a União Europeia, é possível verificar que há tratamento específico direcionado a evitar diferenças. É o caso da conformação de processos de compras públicas relacionados a pequenos e médios produtos locais. A premissa, em tese, permite concluir que a concorrência europeia mereceu tratamento específico no acordo para não destruir o mercado brasileiro, por exemplo. A recíproca, no entanto, pode apresentar barreiras.

A acesso de empresas do Mercosul a União Europeia certamente encontrará barreiras. Empresas brasileiras certamente terão dificuldade de tornar seus produtos competitivos no mercado europeu em razão da necessidade de capital para tornar o produto não só escalável, mas competitivo. Nesse sentido, a desvalorização da moeda pesa sobremaneira na oportunidade de novos mercados.

Na criação de canais de distribuição, pode ser um desafio para os Europeus no Brasil. A estruturação logística brasileira tem conhecidas deficiências que elevam o custo de produção local, fator que restringe o alcance de produtos, por exemplo, para região norte do país.

Com relação a política governamental, espera que os interesses políticos estejam harmonizados no tratado firmado. Certamente a prática poderá trazer realidades que possam promover rodadas de discussões bilaterais, tudo em conformidade com o convencionado.

Conclusão

O mundo globalizado não se coaduna mais com vontades territoriais vocacionadas a nacionalismos que isolam países do mundo. Por isso a formação de blocos econômicos e o intercâmbio entre eles deve ser incentivado.

As realidades dos blocos, no entanto, devem estar refletidas nas convenções internacionais para que surpresas ou prejuízos não advenham na prática. Nesse sentido, o Acordo entre os blocos prevê mecanismos de proteção de pequenas e médias empresas em compras públicas por exemplo para que não haja depreciação, por exemplo, do mercado brasileiro.

A fraude ganha destaque para que sejam feitas trocas sobre elementos de originalidade objetivamente previstos. Assim o acordo prevê instrumentos de sancionamento para suspender os benefícios convencionados como sanção das fraudes identificadas.

Da mesma forma, a abertura de mercado para compras governamentais merece atenção especialmente na conjugação dos interesses. No Brasil é evidente o esforço contemporâneo de incorporar mecanismos de licitações europeus (diálogos institucionais) que pode ser visto como fator de aproximação com o mercado europeu. As práticas de compras podem ser trocadas pelos próprios agentes econômicos e contribuir para o aperfeiçoamento das ferramentas de aquisições governamentais, independente de que bloco o país participe.

A governança e a integridade contribuem atualmente para que o mercado mundial seja hígido e possibilite trocas legítimas de interesses sociais e econômicos. As trocas que se avizinham com o acordo entre a Mercosul e a União Europeia vai requerer maturidade institucional, sobretudo por parte dos países que compõe o Mercosul.

O Brasil tem uma posição preponderante na América do Sul. Na expectativa de ficar na vanguarda da integridade, promoveu ao longo do tempo a incpoporação de mecanismso de integridade, desconcentrando ações governamentais, e se submetendo as avaliações da OCDE. A expectativa é gerar a

confiabilidade no mercado internacional que seja suficiente trazer ao país um ambiente de negócios convidativo.

A OCDE tem função preponderante de orientar valores de governança para sugerir padrões que possibilitem a construção de políticas públicas que beneficiem os cidadãos em qualquer lugar que estejam. Por isso avalia as ações dos governos e indica recomendações para o aprimoramento institucional dos orgãss responsáveis pelas políticas públicas.

No Brasil vivemos um momento de construção de integridade, que evolui no aspecto estrutural. Marcos legais são deflagrados para operar mecanismos de integridade eficientes no combate a fraudes e demais ilícios. Há um processo de construção de integridade sob o viés estratégica, cujo alinhamento com ações operacionais poderá proporcionar mais segurança aos negócios na ordenação federativa brasileira. É certo que o processo de aprimoramento da integridade não para, pois está em constante monitoramento de elementos fraudulentos frustrem as legítimas expectativas de quem se pauta pela legalidade.

A fixação de padrões internacionais vocacionada a evitar ocorrência de crimes não pode se configurar barreiras a entrada. Isso porque o cumprimento das regras é premissa maior das atividades comerciais. Nesse particular a função da OCDE é fundamental para evitar que o mundo tenha refúgio para acobertar ilegalidades que possam prejudicar trocas econômicas e sociais.

Sob o aspecto econômico, no entanto, temos elementos de barreiras que podem resultar em deficiências. Não ser trata, contudo, em fatores deflagrados pelo Acordo firmado. Condições estruturais ficais e monetárias podem carretar restrições de acesso a mercados europeus por parte dos países do Mercosul pelo alto custo de acesso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. E. (2019). Governança Corporativa . Em A. C. Carvalho, R. d. Bertocceço, A. T. Cripa, & O. Venturini, *Manual de Compliance* (p. 11). Rio de Janeiro : Forense.

BARROSO, L. R. (2013). *O novo Direito Costituicional brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constituional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum.

BRASIL, República Federativa. (04 de julho de 2019). *CAMEX - Ministério da Economia.* Fonte: Resumo Acordo Mercosul UE.pdf:

http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/2229-mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo

CANOTILHO, J. e. (2013). *Comentários a Constitição do Brasil* . São Paulo: Saraiva/Almeidina.

CGU. (12 de 01 de 2021). *Painel Resolveu?* Fonte: site do painel resolveu?. : http://paineis.cgu.gov.br/resolveu/index.htm

CGU. (01 de 12 de 2021). *portl da transparência*. Fonte: site do portal da trasparência: http://www.portaltransparencia.gov.br/graficos/sancoes/evolucao-historica-das-penalizacoes/linhas?tipoSancao=ceaf&titulo=Evolu%C3%A7%C3%A3o%20hist%C3%B3rica%20das%20penaliza%C3%A7%C3%B5es%20-%20CEAF" target="_blank">Evolução histórica das penalizações

CODIGNOTO, R., & Valeriano, G. M. (2018). Cultura, comunicação e treinamento: o desafio do compliance de pessoa para pessoa. Em C. Lamachia, & C. Petrarca, *Compliance: essência e efetividade* (p. 60). Brasília : OAB, Conselho Federal.

CORRÊA, L. M. (2013). *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): organizações internacionais e crime transnacional.* . Brasília : FUNAG .

DEMATTÉ, F. R. (2020). Estruturação de sistemas de integridade na Administração Publica direta federal: uma necessidade contemporânea. Em M. Zenkner, & R. P. Castro, *Compliance no setor público* (pp. 76-80). Belo Horizonte: Fórum.

GAO, U. G. (01 de 2021). *About Gao*. Fonte: gao.gov: https://www.gao.gov/about/

GICO, I. (2020). *Bem-estar Social e o Conceito de Eficiência.* Brasília: Working Paper Uniceub.

GOVERNO DO BRASIL . (15 de janeiro de 2020). *Ministério da Economia amplia transparência das compras públicas*. Fonte: gov.br: https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/01/ministerio-da-economia-amplia-transparencia-das-compras-publicas

IBGC. (08 de 01 de 2021). *O que é Governaça Corporativa*. Fonte: site do Instituo Brasileiro de Governança Corporativa: https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa

LAURETTI, L. (01 de 2020). *O principio da trasnparência no contexto da Governança corporativa.* Fonte: Site do Instituo Ethos : https://www.ethos.org.br/cedoc/5790/

MADURO, L., Viega, P. d., & Rios, S. P. (agosto de 2020). *Banco Interamericado de Desenvovilmento*. Fonte: Biblioteca Felipe Herrera do Bid: https://publications.iadb.org/pt/acordo-mercosul-uniao-europeia-impactos-normativosregulatorios-no-mercosul

MASSALA, J. (2019 de junho de 2019). *O que é o tratamento da nação mais favorecida e qual sua importância para os acordos internacionais de investimentos?* Fonte: migalhas.uol.com.br: https://migalhas.uol.com.br/depeso/303520/o-que-e-o-tratamento-da-nacao-mais-favorecida-e-qual-sua-importancia-para-os-acordos-internacionais-de-investimentos

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. (s.d.). *Texto do Acordo entre o Mercosul e a União Europeia*. Fonte: Acrodo Mercosul e União Eurpeia: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/texto-do-acordo-mercosul-2013-uniao-europeia

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, P. e. (07 de 2019). *Protocolo de Assitência Mútua em Matéria Aduaneira*. Fonte: Texto do Acordo Mercosul - União Europeia: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/texto-do-acordo-mercosul-2013-uniao-europeia

OCDE . (1 de 25 de 2017). *OCDE Legal Instruments*. Fonte: OCDE Legal Instruments: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435

OCDE. (2011). *Avaliação da OCDE sobre o sistema de integridade da Administração Pública Federal brasileira (portuguese edition)*. OCDE publishing .

OCDE. (2020). *Public Governance - OCDE.org*. Fonte: The Director for Public Governance: http://www.oecd.org/governance/

Oliveira, R. C. (2016). *Curso de Direito Administrativo* . São Paulo : Método.

ONLL, Observatório da Nova Lei e Licitações. (03 de janeiro de 2020). *Saiba o que é o diálogo competitivo: modalidade prevista na Nova Lei de Falências*. Fonte: Nova Licitação: http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/03/saiba-o-que-e-o-dialogo-competitivo-modalidade-prevista-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes/

PORTER, M. E. (1991). *Estratégica competitiva: tecnicas para análise e indústria da concorrência*. Rio de Janeiro: Atlas.

THORSTENSEN, V., & Jr, M. K. (2020). *O Brasil e o modelo de governança da OCDE*. São Paulo: Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos e VT Assessoria Consultoria e.

VILELA, P. R. (29 de 06 de 2019). *Agencia Brasil* . Fonte: Site da Agência Brasil: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo

YADA, D., & Filho, E. E. (31 de julho de 1999). Superação de Barreias a entrada no mercado competitivo: análise das estratégias das pequenas empresas. (FAPESP/USP, Ed.) São Carlos, São Paulo/SP, Brasil.

ZENKNER, M. (2019). *Integridade governamental e empresarial: um aspecto da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal.* Belo Horizonte : Fórum.

O ACORDO DE ASSOCIAÇÃO MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA E A VIABILIDADE DE FOMENTO À TRANSFERÊNCIA DIRETA DE *KNOW HOW* PARA OS PAÍSES SUL-AMERICANOS

Henrique Luiz Ferreira Coelho
UniCEUB, Mestre - Programa de Pós Graduação em Direito
Brasília/DF - Brasil
henrique.coelho@afctf.adv.br

Resumo: Países que hoje estão entre os mais economicamente influentes do mundo possuem histórico de amplos e duradouros investimentos em Pesquisa (P&D) e políticas públicas protetivas vocacionadas. Em regra, isso não ocorre nos países de industrialização tardia. Nesse cenário, a transferência internacional de tecnologia, notadamente de *know how*, por suas especificidades, se mostra ferramenta hábil para que esses países possam acelerar seus processos de capacitação tecnológico industrial. Um grande entrave para que essas operações ocorram com fluidez e continuidade, contudo, se refere ao controle estatal realizado pelos receptores quando do registro desses contratos, postura intervencionista que, não raro, inviabiliza a própria concretização dos negócios. Lado outro, o Acordo de Associação Mercosul - União Europeia, que pretende formar uma das maiores áreas de livre comercio do mundo e abarcará inúmeros setores econômicos, pode favorecer o acesso dos países sul americanos a tecnologias maduras e, a partir da adoção de melhores práticas administrativas, facilitar a celebração e registro destes contratos.

Palavras-chave: Transferência de tecnologia. *know how*. Acordo de Associação Mercosul-União Europeia.

Abstract: Countries that today are among the most economically influential in the world have a history of extensive and lasting investments in Research (R&D) and protective policies. As a rule, this does not occur in countries of late industrialization. In this scenario, the international transfer of technology, notably of know-how, due to its specificities, proves to be a skillful tool for these countries to accelerate their industrial technological training processes. A major obstacle for these operations to take place with fluidity and continuity, however, refers to the state control carried out by the recipients when registering these contracts, an interventionist stance that, not infrequently, prevents the actual completion of business. On the other hand, the Mercosur - European Union Association Agreement, which aims to form one of the largest free trade areas in the world and will cover numerous economic sectors, may favor the access of

South American countries to mature technologies and, based on the adoption of best administrative practices, facilitate the signing and registration of these contracts.

Keywords: Technology transfer. *Know-how*. EU-Mercosur Association Agreement.

1. Introdução

Inovação tecnológica e desenvolvimento econômico possuem correlação direta. Em regra, países que hoje possuem altíssima capacidade econômica passaram por processos de industrialização tendo como base investimentos maciços em Pesquisa (P&D) e políticas públicas vocacionadas e protetivas. Entretanto, majoritariamente, países em desenvolvimento não conseguem trilhar os mesmos caminhos. A ausência de políticas públicas de incentivo à produção autônoma de inovações tecnológicas e de investimentos constantes e pulverizados ajudam a explicar o hiato tecnológico existente.

Nesse contexto se insere a transferência internacional de *know how* que, se bem implementada, pode acelerar os processos de industrialização de países em desenvolvimento. Sendo a operação complexa, países receptores tendem a controlá-las demasiadamente, sob o argumento de se afastar eventual submissão econômica. Essa postura intervencionista estatal em contratos privados e livremente pactuados pode, em última análise, acarretar desdobramentos indesejados e contrários à própria essência originária da política pública praticada, como insegurança jurídica, majoração dos custos de transação ou a efetiva inviabilização completa de determinado negócio jurídico de transferência tecnológica.

Lado outro, o Acordo de Associação Mercosul - União Europeia, que pretende formar uma das maiores áreas de livre comercio do mundo e abarcará inúmeros setores econômicos, pode ser uma importante ferramenta para que os países integrantes do bloco sul-americano acessem tecnologias maduras e já testadas objetivando fomentar processos tardios de *catching up* tecnológico, justamente por estar alicerçado no tripé consenso político, cooperação e livre comercio.

O objetivo principal deste estudo é, portanto, verificar se há ambiente propicio a facilitar a transferência direta de *know how* entre os blocos, notadamente através da adoção de boas práticas regulatórias e comuns.

No primeiro momento, demostrar-se-á a importância da transferência de tecnologia para países que necessitam se desenvolver nesse âmbito, mas que não possuem políticas públicas constantes e pulverizadas de produção tecnológica autônoma. Em seguida, o tema será afunilado para a transferência específica de *know how*.

A atuação dos países receptores de tecnologia quando do registro de contratos de transferência de *know how* será abordado sequencialmente, com foco na atuação estatal brasileira. Por fim, verificar-se-á qual o tratamento da transferência internacional de *know how* intra blocos e no âmbito do Acordo de Associação Mercosul-União Europeia.

2. A produção autônoma do conhecimento como meta e a transferência internacional de tecnologia como opção para países periféricos

Com a aproximação de povos e costumes, os mercados, antes regionais ou nacionais, se tornaram mundiais. A informação se dissemina instantaneamente e atinge uma vasta gama de consumidores que não mais estão limitados por fronteiras geográficas. Ávida por suprir suas necessidades e desejos, esta coletividade transnacional consome ininterruptamente e demanda por novos produtos e serviços.

Assim, a criação do conhecimento e sua aplicação econômica se tornaram determinantes para o desenvolvimento econômico, relegando até mesmo outros fatores de produção a segundo plano[1]. O conhecimento, elemento diferenciado na atividade produtiva, tornou-se verdadeira vantagem competitiva para aqueles que o detém, passando a ser considerado o principal fator estratégico de produtividade para organizações e desenvolvimento econômico para os países (CALLE; SILVA, 2008).

A mudança de paradigmas ocorreu quando os produtos passaram a ser valorados pelo nível de conhecimento neles inseridos, tornando a pesquisa

[1] Sob o ponto de vista econômico, na sociedade agrícola, terra e mão de obra determinavam os níveis de desenvolvimento econômico. Na sociedade industrial, o capital e o trabalho impulsionavam o desenvolvimento, enquanto que na sociedade do conhecimento, este pode ser considerado o fator essencial do desenvolvimento econômico.

científica e a inovação tecnológica determinantes para o desenvolvimento econômico e social (CALLE; SILVA, 2008).

Essa valoração decorre justamente da transformação do conhecimento em bem econômico[2], passível de comercialização, através da ocorrência da inovação tecnológica (RIBEIRO; BARROS, 2014), entendida como a introdução de novos produtos ou a reorganização técnica de processos produtivos (MEDEIROS, 2007).

Inovações tecnológicas compreendem as implantações[3] de produtos e processos novos ou submetidos a melhorias tecnológicas substanciais, envolvendo atividades científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras e comerciais (OCDE; EUROSTAT, 2005).

Inovação de produtos subdivide-se em produtos tecnologicamente novos e produtos tecnologicamente aprimorados (OCDE; EUROSTAT, 2005). Produtos tecnologicamente novos possuem características tecnológicas diversas dos até então produzidos, decorrentes de tecnologias inteiramente novas ou de uma combinação de tecnologias existentes em novos usos. Produtos tecnologicamente aprimorados são aqueles já existentes cujo desempenho tenha sido significativamente elevado, principalmente através da substituição de componentes[4].

Inovação de processos consiste na adoção de novos métodos de produção, ou na melhoria dos existentes, visando a produção de produtos tecnologicamente novos ou aprimorados que não poderiam ser manufaturados pelos métodos convencionais, ou o aumento de eficiência e produtividade (OCDE; EUROSTAT, 2005).

A relação entre inovação tecnológica e desenvolvimento econômico não é recente. Grandes ciclos econômicos modernos foram alicerçados em significativos e sucessivos avanços tecnológicos. A revolução industrial inglesa

---

[2] Tecnologia pode ser entendida como o conjunto de conhecimentos, especialmente os científicos, aplicados a determinado ramo de atividade. Sob a ótica econômica, refere-se aos à sua utilização em processos produtivos com a finalidade de gerar desenvolvimento econômico.

[3] Segundo o Manual de Oslo (OCDE; EUROSTAT, 2015), considera-se implantada uma inovação introduzida no mercado (inovação de produto) ou usada no processo de produção (inovação de processo).

[4] A substituição de metais por plástico nos equipamentos de cozinha ou mobílias é um exemplo de uso de componentes de melhor desempenho.

(sec. XVIII) foi um marco do novo modo de produção, representando a passagem do capitalismo comercial para o industrial (LIMA; OLIVEIRA NETO, 2017).

As inovações implementadas de forma pioneira pela Grã Bretanha no período acarretaram em inúmeras vantagens econômicas. A partir da criação das máquinas a vapor, as indústrias inglesas, especialmente as têxteis, dominaram os mercados de forma avassaladora. Tanto o é que o modelo de produção industrial se expandiu para além de suas fronteiras, principalmente para a Europa Ocidental e Estados Unidos.

Na esteira do dinamismo capitalista, a partir da segunda metade do século XIX, a expansão inovadora propiciou a descoberta da eletricidade, especialmente como força motriz, do aço e de novas fontes energéticas (DATHEIN, 2003) que, somados aos avanços dos meios de transporte e de comunicação, impulsionaram o desenvolvimento industrial e econômico da maioria dos países hoje desenvolvidos.

Sob esse enfoque, as nações desenvolvidas, em seus processos de capacitação tecnológica, adotaram inúmeras medidas protetivas ao mesmo tempo em que se comprometeram a investir constantemente em P&D, com vistas a incrementar e promover suas industrias (CHANG, 2004). Como resultado, ocupam atualmente lugares destacados no cenário econômico mundial, com índices de desenvolvimento econômico e social satisfatórios.

Suas organizações empresariais, investidoras massivas em inovações tecnológicas e agraciadas por políticas públicas vocacionadas, dominam mercados cada vez mais agressivos, ainda que transitoriamente[5].

Países em desenvolvimento, todavia, encontram sérias dificuldades para seguir o mesmo caminho, ou seja, desenvolver-se economicamente a partir da inovação (RODRIGUES; SILVA; ALMEIDA, 1985). Há duzentos anos já havia produção organizada de tecnologia nos países hoje desenvolvidos, enquanto os periféricos, de industrialização tardia, ou estavam presos a regimes econômicos coloniais, por vezes inibidores de qualquer tentativa de se implementar avanços

[5] Segundo Schumpeter (1988), quando uma inovação tecnológica é colocada no mercado, o inovador tente a dominá-lo de forma monopolista, até que outra inovação venha a substituí-la.

industriais, ou ainda sofriam as consequências destes, permanecendo em flagrante dependência econômica (RODRIGUES; SILVA; ALMEIDA, 1985).

Vale citar, também, que os países desenvolvidos, já em estágios avançados de desenvolvimento, passaram a propagar, aos países da periferia, a necessidade de desregulamentação e liberalização econômica para delinear seus projetos de desenvolvimento econômico, justamente o contrário das medidas protetivas por eles adotadas no passado (CHANG, 2004).

Entretanto, esses aspectos não justificam, por si só, o insucesso atual dos países periféricos. A falta de políticas públicas especificamente focadas em P&D e comprometidas com a produção de conhecimento e sua exploração econômica a longo prazo torna inviável a capacitação tecnológica difusa capaz de gerar desenvolvimento.

Processos de inovação tecnológica sistêmicos são lastreados em políticas públicas multissetoriais que abarcam fatores econômicos, sociais, políticos e organizacionais que visam fortificar indústrias, qualificar forças de trabalho e propiciar ou facilitar investimentos em pesquisa científica e tecnológica (WENDLER, 2013).

Em última análise, essas políticas incentivam o desenvolvimento, a difusão e a utilização econômica das inovações. Possibilitam que os investimentos, públicos e privados, em P&D sejam crescentes. O desenvolvimento pulverizado e constante das organizações empresariais a partir da inovação, somado ao aumento da competitividade refletem, por consequência, no desenvolvimento do próprio Estado.

Ao adotar políticas voltadas ao desenvolvimento tecnológico, o Estado, comprometido na formação dessa economia do conhecimento, investe, assume riscos e cria mercados. Sua atuação, desde os estágios iniciais de desenvolvimento tecnológico, de forma dinâmica e empreendedora, incentiva o crescimento.

As assertivas acima apresentadas se comprovam quando observado o hiato tecnológico (KIM, 2005) existente entre as nações desenvolvidas e em desenvolvimento. De um lado, países avançados, com contínuos e altíssimos investimentos em P&D, que exportam e comercializam produtos de alto valor agregado. De outro, países com severas limitações de investimentos, sem

capacidade instalada para desenvolver autonomamente conhecimentos e processos produtivos de forma contínua e pulverizada.

Mas importante salientar, por outra via, que alguns países de industrialização tardia também lançaram mão de agressivos e eficazes processos de capacitação tecnológica visando desenvolvimento econômico. A Coreia do Sul serve como exemplo. Até o início da década de 1960, a economia sul coreana era predominantemente centrada na produção agrícola.

Focado na necessidade de se desenvolver tecnologicamente objetivando crescimento econômico, o governo sul coreano agiu basicamente em duas frentes (KIM, 2005). Abriu linhas de créditos a grupos empresariais sul coreanos, fomentando continuamente a entrada de bens de capital, de fábricas "chave na mão"[6] e o licenciamento de tecnologias externas para fins de atuação na forma de engenharia reversa.

Ao mesmo tempo, viabilizou a criação de inúmeros sistemas técnicos de apoio e centros de desenvolvimento e pesquisa tecnológica com o intuito de difundir os conhecimentos tácitos e explícitos adquiridos[7], investindo em educação técnica.

Neste ponto, convém destacar três fases fulcrais (KIM, 2005), independentes, mas inter-relacionadas, que definiram a evolução do processo promovido pelo país. Inicialmente, houve a aquisição de tecnologias estrangeiras já utilizadas e testadas por países altamente industrializados, incluindo processos inteiros de montagem, especificações técnicas, componentes, *Know how* de produção, além de fornecimento de pessoal técnico especializado para facilitar a montagem/fabricação de bens.

A partir da disseminação do conhecimento adquirido e, por consequência, do aumento da concorrência entre empresas, houve a necessidade de assimilar novas tecnologias no intuito de se destacar junto ao mercado consumidor, através de melhoramento técnicos e utilização de engenharia reversa.

---

[6] Em regra, fábricas entregues devidamente instaladas e prontas para funcionamento imediato, com previsão de suporte técnico.

[7] Segundo Linsu Kim (2005), conhecimentos tácitos são incorporados nos indivíduos a partir das trocas de experiências, observação, treinamentos e vivência. Conhecimentos explícitos são aqueles codificados e passíveis de transmissão a partir de linguagem formal e sistêmica.

Em um terceiro momento, as empresas sul coreanas se tornaram aptas a investir em pesquisas e parcerias estratégicas objetivando aperfeiçoar, gradativa e constantemente, as tecnologias existentes no mercado e a desenvolver novas de forma autossuficiente. Em paralelo, incentivos estatais combinados com mudanças culturais e educacionais consistentes.

O caso sul coreano serve para ilustrar como um país, mesmo em um processo de aprendizagem tecnológica iniciado tardiamente, mudou radicalmente sua história. Notoriamente, hoje é um dos países mais industrializados do mundo.

Note-se, por oportuno, que o pilar central do processo sul coreano foi a transferência direta de tecnologia. Trata-se, pois, de importante ferramenta a ser utilizada por países periféricos. Pode queimar etapas e funcionar como catalisador em processos de apropriação tecnológica voltados ao desenvolvimento econômico.

Para que uma tecnologia seja implementada, dois caminhos podem ser percorridos. O primeiro, como já delineado, perpassa pelo desenvolvimento autônomo, o que depende do ambiente socioeconômico, político e cultural, levando-se em conta, ainda, os recursos existentes.

O segundo decorre da aquisição de tecnologia já madura e desenvolvida por terceiros (ASSAFIM, 2005). Ao acessar, assimilar e explorar tecnologia estrangeira proveniente de países avançados, aqueles que não possuem condições econômicas de assumir os riscos de se dedicar à P&D de forma abrangente, principalmente por falta de recursos para suportar os efeitos do insucesso, buscam diminuir a defasagem tecnológica existente (FURTADO, 2012).

Conceituada aqui como a aquisição, entendimento, absorção e aplicação de uma tecnologia ou de um processo tecnológico (CYSNE, 1996), a transferência de tecnologia, obrigatoriamente, pressupõe a existência de um controlador da tecnologia e um receptor que dela necessita (ASSAFIM, 2005).

O receptor pretende capacitar-se tecnologicamente, aperfeiçoando um processo produtivo ou um produto final de forma mais segura, ágil e barata, visto que acessa e internaliza tecnologia já testada, com clientela estabelecida. Em decorrência, o incremento futuro de seus próprios processos desenvolvimentistas é esperado, com a formatação independente de novas tecnologias (ECHARRI; PENDÁS, 1999).

O fornecedor visa auferir direitos com tecnologias por ele já pouco utilizadas, sem novos investimentos em P&D, além de, na maioria dos casos, prestar assistência remunerada. Ao formatar parcerias empresariais, pode acessar novos mercados com riscos reduzidos, além de matérias primas ou mão de obra a baixo custo, protegendo-se, ainda, de eventuais restrições relacionadas a direitos derivados de Propriedade Industrial (ECHARRI; PENDÁS, 1999).

Todavia, a transferência direta de tecnologia, dos países desenvolvidos aos periféricos, deve ser acompanhada, como no exemplo sul coreano, de investimentos em pesquisa e políticas públicas focadas, sob pena de perder seu caráter colaborativo (ROCHA, 2006) à uma pretensão maior, que é a efetiva capacitação tecnológica desses países para que atinjam níveis adequados de desenvolvimento.

É que a transferência de pacotes sem que o adquirente possua condições de absorver a tecnologia repassada pode gerar dependência, econômica e tecnológica, em relação ao cedente (FERRAZ, 2015). Tecnologias obsoletas ou aquelas cujas contraprestações pecuniárias são demasiadamente gravosas também não cumprem o caráter colaborativo a permear os anseios de desenvolvimento dos países periféricos, funcionando, em verdade, como meio de dominação (MELLO, 1993).

Para que a transferência direta de tecnologia possa gerar desenvolvimento econômico nos países da periferia[8], imperiosa a capacitação tecnológica dos receptores, de modo que, com o tempo, deixem de apenas ressoar os feitos tecnológicos estrangeiros para efetivamente assimilar e incrementar os conhecimentos adquiridos, fortificando seus próprios processos desenvolvimentistas (BARRAL; PIMENTEL, 2006).

Não podem as industrias dos países periféricos deixar de estimular, com o devido apoio estatal, seus próprios progressos tecnológicos por utilizarem conhecimentos científicos e técnicos produzidos no exterior, sob pena de permanecerem reféns das grandes corporações multinacionais que verdadeiramente são controladoras da aplicação da tecnologia (CHINEN, 1997).

[8] Como aclarado, o desenvolvimento autônomo de tecnologia é objetivo a ser almejado por todos os países para fins de desenvolvimento econômico. Contudo, no espectro do presente tópico, o foco é o acesso à tecnologia já madura, através de transferência direta mediante a celebração de contratos.

Diversos também são os tipos e formas de prestação tecnológica, que, por consequência, refletem na formulação e natureza dos negócios jurídicos subjacentes, consubstanciados na celebração de contratos privados (FERRAZ, 2015). Dentre eles, encontra-se a transferência de *know how*, foco aqui almejado.

3. A transferência internacional de *know how* como instrumento apto a capacitar tecnologicamente países periféricos

Entende-se por *know how* os conhecimentos não registrados sob a forma de patente ou insuscetíveis de o serem, atinentes ao processo produtivo, tecnológico ou relativos à organização produtiva ou à comercialização de um produto, restritos e com valor produtivo, capazes de serem transmitidos e utilizados pelo adquirente (DIAS, 1995). Terminologicamente, pode ser entendido como o conhecimento, não abarcado pelo saber geral, que poderá ser utilizado em determinado processo produtivo visando desenvolvimento econômico (FLORES, 2003).

Decompondo-se o conceito de *know how*, possível verificar seus elementos caracterizadores. O primeiro deles é o conhecimento, que engloba não somente o conhecimento técnico industrial propriamente dito, mas também aquele aplicado em setores como os organizacionais ou comerciais (FLORES, 2003), através de ideias, produtos ou processos industriais (ASSAFIM, 2005).

O segundo elemento é o conhecimento não ser protegido por patente, entendida como um privilégio legal concedido ao inventor pelo Estado, que lhe permite fabricar, utilizar e/ou vender determinado bem ou processo, de forma exclusiva e por tempo determinado (FERRAZ, 2015). A Administração Pública, após o cumprimento de formalidades legais e sob condições preexistentes, ao expedir patente de invenção está reconhecendo o direito do inventor, assegurando-lhe a propriedade e prazo exclusivo (CERQUEIRA, 2012).

Não quer dizer, em absoluto, que o objeto do *know how* não possa ser protegido por patente, caso cumpridas as exigências legais, mas apenas que o titular optou por outra proteção (PIRRÓ, 2016). Os altos custos inerentes à proteção patentária ou a imposição legal de divulgação da invenção no processo são exemplos que por vezes desencorajam os detentores a fazê-lo.

Ainda que, na origem, o instituto tenha sido relacionado com expedientes insuscetíveis de tutela, sendo definido, àquela altura, como uma ideia útil mas não patenteável (DIAS, 1995), o *know how* pode se referir tanto às

invenções não passíveis de patentes quanto àquelas simplesmente não patenteadas (DIAS, 1995).

O terceiro se refere à possibilidade de transmissão do conhecimento, que está intimamente relacionado com a restritividade deste. A transmissão do conhecimento garante ao seu titular a vantagem econômica pretendida através da celebração de negócios jurídicos, mas devem ser restritos, consubstanciados pela vontade de assim permanecerem, para que possam trazer ao detentor benefício econômico e utilidade efetiva (FLORES, 2003). O controle sobre sua circulação interessa tanto para o detentor quanto para o receptor.

Fixadas as premissas básicas acerca do *know how*, necessário, agora sob outra perspectiva, qualificar sua transferência como instrumento apto a capacitar tecnologicamente países periféricos.

A transferência de *know how* atualmente constitui o mais importante veículo de modernização da atividade produtiva. O sistema de concessão e exploração de patentes, por vezes moroso e complexo, parece não possuir condições de acompanhar a velocidade com que novos processos, métodos e produtos são desenvolvidos, estando definitivamente relegado a segundo plano (DIAS, 1995).

Na maioria das vezes, ao receber conhecimentos patenteados, as indústrias de países periféricos continuam impossibilitadas de fabricar os produtos ou se utilizar dos processos por absoluta falta de capacidade técnica, caso não haja a efetiva colaboração do titular (DIAS, 1995), o que pode não ser do interesse dos detentores dessas tecnologias, sob os pontos de vista econômico e concorrencial.

Além disso, há o dever de segredo, característico da transferência de *know how*. A preservação dos conhecimentos aptos a garantir vantagens concorrenciais dependem da manutenção desses segredos, o que efetivamente não se coaduna com o sistema de concessão de privilégios industriais. A publicação detalhada dos inventos registrados é de observância obrigatória até mesmo para fins de proteção do detentor em eventuais litígios judiciais decorrentes de utilizações indevidas.

A possibilidade de manter o conhecimento restrito, a ser revelado apenas a parceiros estrategicamente selecionados, mediante condições previamente avençadas, garante ao detentor, além da manutenção de sua posição

destacada, lucros crescentes com tecnologias já pouco rentáveis, acesso a novos mercados e formatação de parcerias empresariais benéficas.

Por tudo isso, a transferência direta de *know how*, especialmente a internacional, assume papel de destaque. Se realizada de forma equilibrada e em conjunto com outras medidas desenvolvimentistas, está apta a transferir a tecnologia necessária para que países periféricos possam alicerçar seus processos de desenvolvimento tecnológico e alçar melhores voos. Na pior das hipóteses, se realizada sem o devido sustentáculo estatal, ainda é melhor do que nenhuma tecnologia.

4. A atuação dos países receptores de tecnologia quando do registro de contratos de transferência de *know how*: o exemplo brasileiro

Como visto, a transferência direta de tecnologia se mostra uma importante ferramenta a ser utilizada por países, como o Brasil, com baixa vocação para criar ambientes propícios à P&D. A aquisição desta tecnologia se mostra consideravelmente mais barata e célere em relação ao desenvolvimento autônomo, ainda mais quando não há significativos incentivos estatais para tanto.

A forma usualmente utilizada para que ocorra transferência direta de tecnologia se dá através da celebração de contratos de licença ou cessão. Não obstante, a transferência direta de tecnologia é vista como atividade de risco pelos países importadores. O controle administrativo dessas operações, sob o manto de proteção à ordem econômica, é rígido. Por regra, tecnologias consideradas obsoletas ou inadequadas para fins de desenvolvimento interno são impedidas de serem transferidas. Pagamentos de remunerações e royalties, com remessa de divisas ao exterior, também são limitados.

Em última análise, esses Estados, ao assumirem o controle das transações sob a premissa de estabelecer equilíbrio contratual e proteger a parte considerada mais vulnerável no escopo dos contratos privados, objetivam impossibilitar a subordinação econômica às grandes potencias ou aos conglomerados multinacionais.

Por outro lado, a interferência estatal na autonomia da vontade das partes e em cláusulas contratuais livremente pactuadas pode representar, além de barreira para a celebração de contratos com empresas de países periféricos,

severas limitações no acesso a tecnologias indispensáveis ao almejado desenvolvimento.

No Brasil, o Instituo Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal criada por força da Lei nº 5.648/70, responde pela execução das normas reguladoras da propriedade industrial e, dentre outros, promove o citado controle administrativo sobre os contratos de transferência de tecnologia a ele submetidos para averbação.

No contexto histórico de sua criação, afeto a políticas de substituição de importações, estímulos à industrialização e capacitação tecnológica do país, ao instituto foram atribuídas competências para, discricionariamente, analisar o teor dos contratos, aprovando-os ou não.

Posteriormente, em um cenário político e econômico anti-intervencionista, editou-se a Lei 9.279/96, denominada Lei de Propriedade Industrial (LPI). O novo regramento, de caráter mais flexível no que toca a questão da transferência de tecnologia, claramente objetivou restringir a ingerência da autarquia[9].

A alteração legislativa indubitavelmente restringiu o espectro de atuação do instituto, retirando dele a competência para regular a matéria no país. Ao perder seu sustentáculo legal para intervir no domínio contratual, de órgão competente para regular a transferência de tecnologia no país, passou a órgão executor de normas que regulam a propriedade industrial. Deveria sua atuação, então, se limitar a verificar os aspectos de validade e eficácia dos direitos de propriedade industrial, averbar os contratos para fins de publicização, permitir a remessa de pagamentos ao exterior e a dedutibilidade fiscal correlata (DANNEMAN; et al., 2001).

Isso porque a redação original do artigo 2º da lei de criação do INPI atribuiu ao instituto poderes para, além de regulamentar a transferência de tecnologia, formatar as diretrizes postas pela política de desenvolvimento econômico da época de sua criação (DI BLASI, 2010).

Desde então, majoritariamente, a doutrina especializada defende que o instituto perdeu a qualidade de regulador da transferência de tecnologia no país,

---

9 A redação do artigo 2º da Lei nº 5.648/70 (norma de criação do INPI) foi alterada pelo artigo 240 da LPI, retirando parte das competências do instituto, principalmente ao revogar seu parágrafo único.

possuindo apenas competências cartorárias e registrais. Ao instituto caberia analisar somente aspectos formais dos contratos submetidos, restando ausentes as legitimidades para realizar exames de mérito e alterar cláusulas e condições previamente estabelecidas entre particulares no escopo das avenças contratuais celebradas.

Apesar disso, como visto, o INPI permanece adentrando e modificando os termos contratuais. Essa insistência em manter prerrogativas ilegítimas e interferir nos contratos de transferência de tecnologia, acabou por criar situação *sui generis*, denominada "entendimento INPI".

Pode-se dizer que este tipo de atuação estatal se repete, em maior ou menor grau, por todos os países que compões o MERCOSUL. Não há, portanto, ambiente jurídico seguro para que essas avenças contratuais ocorram. Como mínimo, os custos de transação são sumariamente majorados. Por vezes, as transações são inviabilizadas em virtude dessas intervenções indevidas.

5. O tratamento da transferência internacional de *know how* intra blocos e no Acordo de Associação Mercosul-União Europeia

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), criado originariamente por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, com a assinatura do Tratado de Assunção, em 1.991, é o maior acordo de integração regional da América Latina. Como essência, buscou-se a criação de um modelo de integração visando a formatação de mercado comum com livre circulação de bens e serviços, com redução parcial de alíquotas de impostos de importação (BRASIL, [20--?]).

No que se refere à política industrial, o Subgrupo de Trabalho nº 7, denominado Industria e Tecnologia, através das comissões temáticas de Qualidade e Inovação, Promoção Industrial, e Propriedade Intelectual é responsável, dentre outros, pelas políticas comuns de competitividade e promoção industrial (COSTA, 2012).

Entretanto, até os dias atuais nota-se que nenhum resultado concreto, ao menos nas questões relacionadas à capacitação tecnológica conjunta do grupo, foi observado ou implementado, afora questões pontuais, como a proteção tratamento do tema de proteção mútua de indicações geográficas (BRASIL, [20--?]).

Pode-se concluir, então, é que a atuação do grupo, nesse aspecto, foi tímida. Algumas podem ser as justificativas. A primeira delas se refere às grandes diferenças culturais existentes entre os países, membros ou associados. Ademais, as políticas industriais singularizadas ainda são regra. A instabilidade política e econômica da região também pode ser considerado outro obstáculo a ser superado. Nevralgicamente, não se trata de um simples acordo comercial, mas sim da criação integrada, a longo prazo, de uma política industrial comum (COSTA, 2012).

Desta forma, os países membros, na ausência de uma política comum de incentivo e apoio à transferência tecnológica, permanecem atuando de forma intervencionista nos contratos de transferência de *know how* a eles submetidos a registro, presos que estão, como já visto, a modelos protecionistas ultrapassados.

Lado outro, a União Europeia, constituída por 27 países[10] do continente europeu e inicialmente de viés econômico, através de mercado único, com livre circulação de bens, serviços e capitais, atualmente conforma-se como uma organização mais abrangente e intervencionista, atuante também em temas ambientais, de saúde, relações externas e segurança. Possui moeda única, e os cidadãos agraciados possuem liberdade de locomoção, de formação acadêmica e de labor em quase todo o continente (UNIÃO EUROPEIA, [20--?]).

No que se refere às questões de propriedade intelectual, o Regulamento (UE) nº 316/2014 (COMISSÃO EUROPEIA, 2014), de 21 de março de 2014, dispõe sobre o tratamento dispensado pela União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia.

O Regulamento, em seus princípios norteadores básicos, se preocupa em assegurar proteção eficaz da concorrência ao tempo em que garante segurança jurídica às empresas signatárias de acordos de transferência tecnológica, através de uma simplificação da atuação dos órgãos administrativos reguladores e da legislação atinente.

Por si só, esta estratégia já se mostra fundamental para incentivar a transferência de tecnologia. Veja-se que, no momento atual, os países membros do bloco sul americano, sem exceções, adotam políticas exatamente contrárias, intervencionistas, sob o pretexto de proteção das industrias nacionais. Em

[10] Em 31 de janeiro de 2020, o Reino Unido saiu da União Europeia.

verdade, dificultam, oneram e, por vezes, impossibilitam operações de capacitação tecnológicas.

O regramento europeu busca melhorar a eficiência econômica dos países do bloco, na medida em que procura reduzir a duplicação em matéria de investigação e desenvolvimento, reforçar os incentivos a favor de novas ações de investigação e desenvolvimento, promover a inovação incremental, facilitar a disseminação de tecnologia e fomentar a concorrência no mercado dos produtos (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Esse deveria ser o modelo a ser adotado pelo MERCOSUL. A título de exemplo, a duplicidade de desenvolvimento tecnológico, nos dias atuais, não se justifica. Não faz sentido o Brasil investir milhões no desenvolvimento de determinada tecnologia que já está suficientemente madura por força do avanço de outro país membro. O compartilhamento oneroso, mas facilitado, dessa tecnologia seria muito mais interessante para o bloco.

Uma excelente oportunidade de se avançar sobre o tema é o novo Acordo de Associação Mercosul-União Europeia, o maior acordo econômico entre blocos. Pretende-se, essencialmente, desgravação tarifária gradual para que 92% das importações do MERCOSUL provenientes da UE e 95% das exportações do bloco sul americano para a UE tenham tarifação livre, formando a segunda maior área de livre comercio do mundo (BRASIL, 2019).

Nos vários setores envolvidos no acordo, a propriedade intelectual é tema recorrente. Além de observância aos termos do Acordo TRIPS, pretende-se fortalecer dos padrões internacionais de proteção, principalmente no que se refere ao reconhecimento reciproco de indicações geográficas. Há, ainda, orientação para que as legislações dos países membros do MERCOSUL sejam adequadas e modernizadas, notadamente, mas não somente, para proteger os direitos do autor, as seções de marcas (adesão ao Protocolo de Madri), e os segredos industriais contra a concorrência desleal (BRASIL, 2019).

Ainda que as operações de transferência de tecnologia (entre eles o *know how*) não tenham sido especificamente objeto de tratativas no acordo (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA., 2019), há um novel ambiente propício para tanto. No acordo formatado há a previsão de cooperação entre os países signatários no que se refere aos temas de propriedade intelectual, com a adoção de boas práticas administrativas e intercâmbio de informações sobre atualizações legislativas, além da previsão de criação de um subcomitê de

Propriedade Intelectual (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2019) para acompanhar a implementação do acordo.

Espera-se, sem dúvidas, que, quando da efetiva implementação do novo bloco econômico, o volume de negócios realizados aumente consideravelmente. Nessa mesma toada, é justa a expectativa de que, a reboque, contratos de transferência de *know how* para os países do bloco sul americano sejam celebrados com mais frequência.

Para que essa transferência de *know how* seja eficaz, necessário que os países receptores adotem boas práticas administrativas quando do registro desses contratos. Essa barreira intervencionista precisa ser superada para que atores privados, no âmbito das relações privadas, possam celebrar contratos que sejam proveitosos para as partes contratuais, segundo seus próprios entendimentos e convicções. Não é crível que o Estado invoque para si tal prerrogativa sob o atrasado manto da proteção de sua indústria.

Conclusões

A partir da concatenação dos tópicos abordados ao longo do presente artigo, pôde-se compreender como a inovação tecnológica está relacionada ao desenvolvimento econômico. O conhecimento, dotado de valoração econômica, se tornou o epicentro do mundo globalizado, onde a concorrência, agora global, anseia por consumir novidades ininterruptamente.

Países que historicamente investiram, e continuam investindo, em pesquisa e desenvolvimento tecnológico atingiram altos patamares de industrialização, influência política e capacidade de negociação no âmbito das relações internacionais. Adotaram, de forma competente, amplos programas de desenvolvimento industrial lastreados por políticas públicas vocacionadas e protetivas, além dos já citados vultuosos e constantes investimentos.

Por outro lado, países em desenvolvimento, em regra, não conseguiram trilhar os mesmos caminhos, pelos mais variados motivos. O ponto comum, pode-se dizer, é justamente a falta de uma política institucional voltada para a produção pulverizada e autônoma do conhecimento e sua aplicação econômica, alicerçada nos investimentos e incentivos necessários para tanto.

Nesse ponto se insere a transferência internacional de tecnologia, mais especificamente de *know how*, como alternativa viável para que esses países,

conjuntamente com a formatação de programas desenvolvimentistas, possam acelerar seus processos de industrialização tardia.

Operacionalizada através da celebração de contratos de fornecimento de *know how*, como visto, a instrumentalização é complexa. A formatação das cláusulas e condições contratuais, nesse aspecto, assume importância ainda maior, em virtude da "colisão" de interesses de detentores e receptores.

Por isso mesmo, países em desenvolvimento tendem a controlar essas transferências tecnológicas, principalmente em questões relacionadas a remessas de remunerações e royalties ao exterior, qualidade da tecnologia internalizada, e possibilidades de submissão econômica.

Justamente essa intervenção estatal desarrazoada deve ser superada pra que a transferência de *know how* seja mais célere, eficaz e barata para os países receptores. O acordo bilateral em testilha pode ser uma excelente oportunidade para tanto.

Referências

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A transferência de tecnologia no Brasil (Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

BARRAL, W. PIMENTEL, L. O. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, W. PIMENTEL, L. O. (Orgs.). Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 11-34 (12), 2006.

BRASIL. Acordo de Associação Mercosul-União Europeia: resumo informativo elaborado pelo Governo Brasileiro. RESUMO INFORMATIVO ELABORADO PELO GOVERNO BRASILEIRO. 2019. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL, Mercosul. Saiba mais sobre o MERCOSUL. [20--?] Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>. Acesso em: 18 de dez. de 2020.

CALLE, Guillermo Antonio Dávila; SILVA, Edna Lúcia da. Inovação no contexto da sociedade do conhecimento. Revista Textos de la Cibersociedad, Espanha, 2008. n.8, p. 1-20. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Guillermo_Antonio_Davila/publ

ication/28217078_Inovacao_no_contexto_da_sociedade_do_conhecimento/links/00b7d5272fad607616000000/Inovacao-no-contexto-da-sociedade-do-conhecimento.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, v.1: Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 140.

CHANG, Ha-Joon. Retirar la escalera: La estratégia del desarrollo em perspectiva histórica. trad. Mónica Salomón. Editora Catarata, 2004. p. 29-37.

CHINEN, Akira. Know-how e propriedade industrial. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 34.

Confederação Nacional da Indústria. Acordo Mercosul e União Europeia: análise do capítulo sobre propriedade intelectual / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2019. p. 13.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 316/2014: Regulamento (UE) nº 316/2014, da Comissão de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia. 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN. Acesso em: 19 dez. 2020.

Confederação Nacional da Indústria. Acordo Mercosul e União Europeia: análise do capítulo sobre propriedade intelectual / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2019. p. 27.

CORÉIA DO SUL: informações comerciais. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196773036.pdf> . Acesso em: 9 de nov. de 2020.

COSTA, Rogerio Santos da. Política Industrial Comum no Mercosul: apontamentos sobre o papel das instituições. Revista Tecnologia e Sociedade, Curitiba, 1ª Edição, 2012, p. 67-76.

CYSNE, Fátima Portela. Transferência de tecnologia e desenvolvimento. Revista Ciência da Informação - Vol 25, número 1, 1996. p. 3. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/672>. Acesso em 10 de nov. de 2020.

DANNEMAN, SIENSEM, BIGLER & IPANEMA MOREIRA. Comentários à Lei de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 496.

DATHEIN, Ricardo. Inovação e Revoluções Industriais: uma apresentação das mudanças tecnológicas determinantes nos séculos XVIII e XIX. Publicações DECON, Textos Didáticos 02/2003. DECON/UFRGS, Porto Alegre, fevereiro 2003. Disponível em: <https://lume-re-demonstracao.ufrgs.br/artnoveau/docs/revolucao.pdf>. Acesso em: 8 de nov. de 2020.

DI BLASI, Gabriel. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 371.

DIAS, Maria Gabriela de Oliveira Figueiredo. A Assistência técnica nos contratos de know how. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995. p. 35.

ECHARRI, Alberto; PENDÁS, Angel. La transferencia de tecnología. Madrid: Fundación Confemetal, 1999. p. 18

FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 449.

FLORES, Cesar. Contratos Internacionais de Transferência de Tecnologia Influencia Econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 77-78.

FURTADO, Gustavo Guedes. Transferência de tecnologia no Brasil: uma análise de condições contratuais restritivas. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento – PPED, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2012.

KIM, Linsu. Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coréia. Campinas: Editora da Unicamp, 2005. p. 137-144.

LIMA, Elaine Carvalho de; OLIVEIRA NETO, Calisto Rocha de. Revolução Industrial: considerações sobre o pioneirismo industrial inglês. Revista Espaço Acadêmico, n. 194, 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/32912/19746>. Acesso em: 8 de nov. de 2020.

MEDEIROS, Rodrigo Loureiro. Inovações tecnológicas e o processo de desenvolvimento econômico. Revista Análise, v. 18, n. 1, jan./jun. 2007. p. 51-63. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/face/article/view/358>. Acesso em: 4 de nov. de 2020.

MELLO, Celso Dias de Albuquerque. Direito internacional econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 181-182.

OCDE, EUROSTAT, Manual de Oslo – Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica, 3 ed. Brasília: FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos, 2005. p. 54.

PIRRÓ, Vanessa. Contratos de fornecimento de know-kow e a atuação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) no seu registro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016. p. 28. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19723/2/Vanessa%20Pirr%C3%B3.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. Contratos de transferência de tecnologia - Custos de transação versus desenvolvimento. Revista de Informação Legislativa. Ano 51, Número 204, out./dez. 2014. p. 45. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p43.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

ROCHA, T.G.P. Proteção da propriedade intelectual pelo TRIPS e transferência de tecnologia. In: BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 149-173, 2006. (154)

RODRIGUES, Mara Eliane Fonseca; SILVA, Edna Lúcia da; ALMEIDA, Helena Moreira de. Terceiro Mundo Tecnologia x Transferência de Informação. Ci. Inf., Brasília, 14 (2):149-61, jul./dez. 1985. Disponível em:<revista.ibict.br/ciinf/article/download/219/219>. Acesso em: 9 de nov. de 2020.

SCHUMPETER, Joseph Alois. Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

UNIÃO EUROPEIA. A UE em poucas palavras. [20--?] Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt>. Acesso em: 19 de dez. de 2020

WENDLER, Pedro Gabriel. Políticas públicas de inovação comparadas: Brasil e China (1990-2010). 2013. Dissertação de Mestrado - Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares - CEAM, Universidade de Brasília – UnB, 2013. p. 33-36. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/14537>. Acesso em: 9 nov. 2020.

UE-MERCOSUR: ¿UN MODELO PARA ACUERDOS BIRREGIONALES FUTUROS? Especial referencia a UE-ASEAN

Eimys Ortiz Hernández
Universidad de Lleida, Profesor Serra Húnter, Departamento de Derecho Público, Lleida, España,
eimys.ortiz@udl.cat

Resúmen: Tradicionalmente se ha aseverado que el libre comercio contribuye de manera significativa al crecimiento sostenible y a la creación de empleos, por consiguiente, se trata de una herramienta dinamizadora de la economía, que proporciona una apreciable mejora del nivel de vida de los ciudadanos. Ahora bien, en los últimos tiempos, se ha advertido que el multilateralismo, motor de las relaciones comerciales globales, se halla sometido a severas críticas que han ocasionado fuertes tensiones socioeconómicas, la más notable, entre EEUU y China. En contraposición a la coyuntura actual, dominada por el proteccionismo, la UE se posiciona como el principal adalid de la vía multilateral en el marco de la OMC. Esta línea de actuación ha traído como consecuencia una sistemática política con terceros Estados y bloques regionales, llegando a consolidar su ya extensa red de acuerdos comerciales. El presente trabajo académico toma en consideración la profundización de las relaciones con América Latina, en particular, con MERCOSUR, ya que su laborioso proceso negociador culminó tras veinte años (2019) en un acuerdo político pendiente de ratificación. A tal efecto se analizará el enfoque jurídico-político adoptado en este caso puesto que podría servir de modelo para poner en marcha otro proceso: UE-ASEAN. En un primer acercamiento se pondrá de relieve las similitudes y diferencias entre ambos bloques así como su relación con la UE. En un segundo apartado se discutirá si el marco del acuerdo birregional podría extrapolarse a la experiencia asiática teniendo en cuenta la singularización de esta. Por último, a pesar de los evidentes obstáculos tanto internos como externos que enfrenta la UE, si el instrumento jurídico con MERCOSUR prospera y finalmente entra en vigor, se convertirá en el más importante en términos socioeconómicos además de una nueva expresión de apoyo a los valores del libre comercio y del propio multilateralismo.

Palabras-clave: ASEAN; MERCOSUR; Multilateralismo; Unión Europea

Abstract: Traditionally, it has been affirmed free trade contributes, in a significant manner, to promote sustainable growth as well as to increase the rate of employment; therefore, it is a revitalizing tool of the economy that provides an appreciable advancement regarding the standard of living. Nevertheless, lately, multilateralism has been under severe critics that have aroused strong worldwide

socioeconomic tensions, in particular, between the United States of America and China. Regardless, the current state of affairs, which is ruled by the protectionism, the EU stands in favour of the multilateral path within the framework of the World Trade Organization. On that account, the EU has developed and enhanced a systematic trade policy with third States and regional blocks by concluding trade agreements. The current paper takes into consideration the deepening of the relationship with Latin America, in particular with MERCOSUR, due to the fact that its arduous negotiating process has been culminated (2019) after twenty years. However, the ratification of the instrument is still pending. The conclusion of that trade agreement is quite significant because it could become the paradigm concerning other process: EU-ASEAN. Firstly, the author will examine the similarities and disparities between both blocks and how they manage their relationship with the EU. Secondly, it will be discussed whether the framework of the bi-regional agreement could be applied to the Asian experience but in the light of its own singularities. Finally, despite the well-known internal and external challenges, which the EU is facing, if the trade agreement with MERCOSUR enters into force, it will become the most important instrument in socioeconomic terms and certainty it will also be a new illustration of the Union's promotion of the free trade and multilateralism.

Key-Words: ASEAN; MERCOSUR; Multilateralism, European Union

I. INTRODUCCIÓN

La política comercial de la UE, regulada en el artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sufrió modificaciones significativas a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dado que no solamente se extendió el alcance de su definición o competencia, sino que también los legisladores profundizaron en el contenido más allá del comercio de mercancías, por consiguiente, abarca los servicios, los derechos de propiedad intelectual y las inversiones. De manera que la política comercial común, que ha sido clave y ha permitido que la UE se erija la primera potencia mundial, se ha reforzado convirtiéndose en un pilar fundamental de la Acción Exterior de la UE dando lugar a los más de cien acuerdos comerciales vigentes o en proceso de actualización o negociación con terceros países o bloques comerciales. En otros términos, la Unión muestra un apoyo expreso al multilateralismo en tiempos de incertidumbre y de debilitamiento de este.

Los acuerdos comerciales se han configurado a lo largo de los años como el instrumento clave para fomentar los principios y valores de la UE, desde la

democracia y los derechos humanos hasta los derechos sociales y la protección del medio ambiente. En la actualidad, estos se pueden agrupar en cuatro categorías. En primer lugar, aquellos denominado de "primera generación" con el objeto de eliminar los aranceles aduaneros. En segundo lugar, aquellos de "segunda generación" que incluyen la competencia, la protección de los derechos de propiedad intelectual, cooperación aduanera, compromisos respecto a los servicios y el desarrollo sostenible. En tercer lugar, aquellos de "tercera generación" destinados a establecer áreas de libre comercio profundas y globales, los cuales cubren una amplia gama de sectores y aspiran no solamente al desarme arancelario sino también a la desaparición de las restricciones cuantitativas, así como a la armonización de mercados mediante la cooperación normativa. Finalmente, los acuerdos de partenariado económico con África, Caribe y Pacífico orientado al desarrollo de las necesidades de los países que componen dicho grupo.

Pese a la determinación de la Unión, sus esfuerzos se han centrado, principalmente, en el ámbito bilateral y no en el multilateral dado a las dificultades intrínsecas que conlleva este tipo de acuerdos. De ahí la justificación y relevancia del presente trabajo puesto que se centrará en dos acuerdos que la doctrina no ha dudado en comparar en varias ocasiones al tratarse de ejemplos de sempiterna esperanza de adopción de un acuerdo birregional: MERCOSUR y ASEAN. Indudablemente, se tomará en consideración que se tratan de dos coyunturas diferentes a la par que diferenciadas que, sin embargo, han sufrido similares trabas. De modo que, partiendo de tal paradigma y adoptando la metodología jurídica de análisis, en particular, de documentos legales, así como la relevante doctrina y documentos de las organizaciones internacionales objeto de estudio, la hipótesis de la investigación se centra en la importancia del acuerdo con MERCOSUR como plausible y futurible "modelo" para desencallar las negociaciones con ASEAN. En un primer apartado se expondrán y examinarán las similitudes y disparidades entre ambos bloques, así como su relación con la UE. A continuación, se considerará si, efectivamente, el marco del acuerdo birregional podría extrapolarse a la experiencia asiática sin ignorar, por supuesto, las particularidades intrínsecas del Sudeste Asiático. Finalmente, si se superan los obstáculos tanto internos como externos y entra en vigor el instrumento jurídico, este se convertiría en el más importante en términos socioeconómicos además de una nueva expresión de apoyo a los valores del libre comercio y del propio multilateralismo.

II. UNA APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES ENTRE LA UE-ASEAN Y LA UE-MERCOSUR

1. Las relaciones entre la UE y ASEAN

El presente apartado se centrará en una región, la cual, aparte de su importancia geoestratégica, revela tales niveles de crecimiento en las últimas décadas que la ha posicionado como un socio ciertamente atractivo: el Sudeste Asiático. Si tal como se asevera el mundo cada vez será más indo-pacífico y menos atlántico (FEÁS; STEINBERG, 2019, p. 10), no se puede denostar la relevancia de dicha región para la propia UE. El Informe de 2019 de la Secretaría de ASEAN reflejó que, a pesar de la incertidumbre regional y global, la implementación de la comunidad económica de ASEAN prosiguió sin disrupción apreciable (ASEAN SECRETARIAT, 2019). En términos generales, la economía del bloque se había mantenido relativamente sólida con un crecimiento anual del PIB de un 4,9 por cierto según los datos del Banco Asiático de Desarrollo. Además, de un lado, el comercio de bienes experimentó un notable incremento del 8,1 por ciento, coyuntura que también favoreció a la inversión extranjera directa que aumentó hasta un 5,3 por ciento. Sin embargo, las carencias del sistema comercial multilateral, así como la sostenibilidad de la deuda matizaron los resultados positivos del bloque, que, en su totalidad, constituye la séptima economía mundial con un mercado de alrededor de 625 millones de consumidores, lo cual no ha pasado desapercibido a los intereses europeos.

La UE se ha alzado el segundo socio comercial de ASEAN tras China con un total de 210.633 millones de euros de intercambio comercial global (EUROPEAN COMMISSION, 2020). En cuanto a los flujos comerciales, en 2019 alcanzó los 125.148 millones de euros en importaciones y 85.484 millones de euros en exportaciones, obteniendo un balance negativo en la balanza de 39.664 millones de deuropara la Unión. En relación con los productos, los manufacturados copan las exportaciones y las importaciones, en un 89,9 por ciento y un 90,4 por ciento, respectivamente. En definitiva, durante la última década, las importaciones de la UE desde ASEAN han crecido más de un 40 por ciento y, en dirección contraria, se han elevado un 80 por ciento, sobre todo, a partir de 2015. Teniendo en cuenta que el comercio no se limita estrictamente a los bienes, el presente análisis ha de completarse haciendo una referencia a los datos sobre las inversiones. De modo que, una vez más, se aprecia el afianzamiento de los nexos interregionales, dado que la UE es el mayor proveedor de inversión

extranjera directa en ASEAN e igualmente sostiene una cartera de inversiones de alrededor de 3337.000 millones de euros (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Las cifras expuestas no son más que el resultado de un largo proceso de acercamiento, primero, y de profundización, después, que empezó su recorrido a principios de los años setenta. Si bien ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático: Brunei Darussalam, Myanmar, Camboya, Indonesia, Filipinas, Laos, Malasia, Singapur, Tailandia y Vietnam) se creó en 1967 mediante la firma de la Declaración de Bangkok (SEVERINO, 2006), no fue hasta 1972 que ambas organizaciones manifestaron mutuo interés, debido principalmente a las implicaciones de la futura adhesión del Reino Unido, socio comercial primordial de dicho bloque, a las Comunidades Europeas (YEO, 2017, p. 169). A raíz de esta circunstancia, las relaciones formales se iniciaron en 1977 cuando las Comunidades se erigieron en el socio de diálogo a nivel ministerial de ASEAN. Por consiguiente, los lazos formales datan de hace más de cuarenta años.

Sin embargo, las expectativas iniciales se desdibujaron rápidamente, puesto que hubo de esperar hasta principios de los años ochenta para concluir el primer instrumento jurídico vinculante, el Acuerdo de Cooperación ASEAN-CEE, basado en la cláusula de la nación más favorecida del GATT. No resulta sorprendente que se trató de un acuerdo limitado a la cooperación comercial, económica y al desarrollo conforme a los estándares del paradigma del multilateralismo de la época y de la posición de desigualdad entre los potenciales socios (OESTROEM, 2007, p. 466). A pesar de haber logrado suscribir dicho acuerdo, no se materializó su principal objetivo; la profundización de las relaciones debido a que, en realidad, desde el punto de vista de la voluntad política, aquellas promesas no suponían una prioridad para ninguna de las partes implicadas.

Por lo tanto, la relación no se reactivó hasta los años noventa (COMISIÓN EUROPEA, 1994; COMISIÓN EUROPEA, 1996) a causa, principalmente, del fin de la Guerra Fría, el gran crecimiento económico de los países miembros de ASEAN, y, por supuesto, de las transformaciones internas de las Comunidades. Dicha coyuntura favoreció, hasta cierto punto, el redescubrimiento de los socios e incentivó un acercamiento que finalmente no fructificó puesto que la crisis financiera asiática (1997-1988) y la cuestión de Myanmar ensombrecieron el ansiado reforzamiento (RÜLAND, 2001). En realidad, las divergencias no socavaron la exigencia de responsabilidad frente al nuevo milenio ante el creciente grado de dependencia global, sino todo lo

contrario, favoreció la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo comercial único en verano de 2007.

Este importante acontecimiento vino precedido de un innegable escenario de convergencia política que se cimentó a través de una serie de comunicaciones de la Comisión Europea: el informe del ASEAN-EU Vision Group (BOUMELLASA; DECREUX; FONTAGNÉ, 2008), así como de la transcendental Declaración Núremberg en el seno del décimo sexto encuentro ministerial (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2007). Ambos documentos realzaron el objeto primordial de concluir un acuerdo de libre comercio reforzado como siguiente paso lógico en las relaciones comerciales *inter pares* (COMISIÓN EUROPEA, 2003, p. 18).

Ahora bien, el fantasma del fracaso de las negociaciones con MERCOSUR sobrevoló la apertura de la nueva fase, puesto que ASEAN debía, por primera vez, otorgar concesiones tangibles y la UE, por su lado, había de garantizar el acceso al mercado (ROBLES, 2008, p. 334). De hecho, para evitar esta situación se llegó incluso a proponer no solamente consensuar las directrices básicas sino también una limitación temporal del proceso negociador. En base a tales antecedentes y a reiteradas apreciaciones, en abril de 2007, el Consejo de la UE aprobó las directrices conforme a la propuesta de la Comisión.

En verano, tras la reunión en Bander Seri Begawan (Brunei), se nombró un comité conjunto procediéndose a la apertura oficial de las negociones, que *ipso facto* encallaron (NICOLAS; ANDREOSSO-O'CALLAGHAN, 2008, p. 105). El comité conjunto, que llegó a reunirse hasta en siete ocasiones, a pesar de nombrar seis grupos de expertos: comercio de servicios-inversión; reglas de origen, medidas fitosanitarias; barreras técnicas al comercio; aduanas y facilitación del comercio y resolución de disputas, fracasó en su laborioso intento.

En consecuencia, en marzo de 2009 se anunció lo inevitable: que las partes interrumpían las negociaciones con el fin de reflexionar sobre cuál sería el formato apropiado para desarrollar negociaciones fructíferas. La argumentación utilizada para explicar dicho resultado recayó en la complejidad y, en particular, en el amplio rango de asuntos traídos a colación (MEISSNER, 2015, p. 17). Era necesario asumir la heterogeneidad de los miembros de ASEAN y su intrínseca falta de cohesión, las cuales infundían serias dudas en torno a un marco multilateral. Finalmente, el escenario se recondujo hacia la bilateralidad y a fines de 2009, la Comisión recibió el mandato de incoar los diferentes procesos bilaterales:

Singapur (2010), Malasia (2010), Vietnam (2012), Tailandia (2013), Filipinas (2016) e Indonesia (2016).

Pese a la falta de voluntad política, el propósito no se ha abandonado y por ello en 2015, la Comisión volvió a mostrar su interés presentando la comunicación con la Alta Representante con el fin de entablar una "cooperación estratégica" a tenor de una nueva dinámica en las relaciones birregionales (COMISIÓN EUROPEA, 2015). En aquel momento, ASEAN se hallaba inmersa en la creación de la Comunidad Económica de manera que se hacía preciso articular una visión de futuro entre los socios. Por ende, en lo relativo al impulso del comercio, inversiones y negocios, la UE expresó el objetivo de intensificar las relaciones incluyendo la celebración de consultas periódicas con los ministros de economía de manera que se tejiese una colaboración de cara a un ambicioso acuerdo de libre comercio entre las dos regiones que se basase en los acuerdos bilaterales entre la UE y aquellos Estados miembros de la ASEAN (Singapur y Vietnam) como paso previo hacia este objetivo.

Los esfuerzos se concretaron en 2017 con ocasión de una reunión ministerial en la cual las autoridades asistentes encomendaron a sus respectivos servicios oficiales abordar la cuestión y emitir el correspondiente informe durante la presidencia de Singapur. Durante dicha reunión se tomó nota de los progresos y se señaló la necesidad de proseguir la labor a través de consultas nacionales y de expertos. De hecho, el resultado más significativo fue la expresión en la urgencia de "actualizar" las relaciones de modo que se alcanzase un Partenariado Estratégico para lo cual se adoptó un Plan de Acción 2018-2022, que no estipuló obligación jurídica alguna, y que se divide en cinco puntos: cooperación política y de seguridad; cooperación económica; cooperación socio-cultural; cooperación respecto a la conectividad; por último, integración y reducir el gap de desarrollo en ASEAN. En lo que concierne nuestra temática, se enmarcó en la cooperación económica, sin embargo, únicamente se estableció que se había de intensificar la labor para retomar las negociaciones de un acuerdo birregional asumiendo los acuerdos bilaterales ya existentes tanto entre la UE y países pertenecientes a ASEAN o entre los Estados miembros y estos. El Plan de Acción 2018-2022 podrá ser revisado de manera regular mediante los mecanismos pertinentes para lo cual se habrá de presentar un informe de progreso cada dos años especificando la implementación siempre desde la corresponsabilidad de las partes.

Finalmente, en la reunión anual celebrada en diciembre de 2020, una vez más, se subrayó el valor estratégico de una estrecha relación comercial de forma

que ambos reiteraron su compromiso en lo relativo a crear un marco que permita concluir un ambicioso acuerdo de libre comercio, dado que dicho instrumento enviaría una valiosa señal a favor de liberalización y los beneficios del multilateralismo. Además, en consonancia con lo expuesto, el Alto Representante, Josep Borrell, ha declarado que la UE comparte numerosos puntos de vista con ASEAN, en particular, la voluntad de no tomar partido ni por China ni por los Estados Unidos de América en la rivalidad estratégica que se ha generado. No obstante, el Alto Representante aboga por un refuerzo de los lazos, en particular, de acuerdos entre ambas organizaciones regionales con renovada urgencia.

2. Las relaciones UE-MERCOSUR

El siguiente apartado examinará la relación entre la UE y MERCOSUR de manera sucinta puesto que dicha cuestión ha sido objeto de un extenso análisis en el propio grupo de trabajo del Congreso. MERCOSUR (Mercado Común del Sur), se fundó en 1991 para promover la integración económica y política regional inspirándose en el modelo de integración europea, eso sí, sin llegar a adoptar la dimensión característica de la supranacionalidad. En la actualidad está integrada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay puesto que Venezuela accedió en 2012 pero su membresía se encuentra suspendida. El caso de Bolivia, a finales de 2012, se firmó el Protocolo de Adhesión, pero ha de ser ratificado por todos los parlamentos de los países integrantes de MERCOSUR, circunstancia que aún no se ha producido.

No es desdeñable la importancia de MERCOSUR dado que comprende una región de 260 millones de consumidores y representa el quinto PIB mundial. En su territorio más de 60.000 empresas europeas desarrollan su actividad de modo que MERCOSUR ocupa el octavo lugar en el comercio total de la Unión. Además, el bloque europeo supone el primer socio comercial con un total de 44.000 millones de euros de exportaciones mientras que MERCOSUR es el mayor exportador de productos agrícolas a la UE (BLANC, 2020, p. 196). Ahora bien, este ambicioso proyecto de integración económica se caracteriza por el mantenimiento de altos aranceles, así como la existencia de barreras no tarifarias, circunstancia que le ha perjudicado en su propia evolución.

En lo relativo a su relación con la UE, la adhesión de España y Portugal entrañó un viraje hacia América Latina de modo que el continente pasó a formar parte de la estrategia europea. Esta línea de trabajo evidenció su transcendencia en

1995 mediante la firma del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación con MERCOSUR, el cual entró en vigor en 1999. Este instrumento jurídico que afectaba por primera vez a dos uniones aduaneras, *a priori* se clasifica como de contenido meramente económico y comercial, no obstante, el último considerando de la Exposición de Motivos reafirmó el propósito de futuro, una asociación interregional:

> …la voluntad política de ambas partes para establecer, como objetivo final, una asociación interregional de carácter político y económico, basada en una cooperación política reforzada, en una liberalización progresiva y recíproca de todo el comercio, teniendo en cuenta la sensibilidad de ciertos productos y conforme a las reglas de la OMC, finalmente la promoción de las inversiones y la profundización de la cooperación…

En otros términos, la firma de dicho acuerdo implicó, sin lugar a duda, un notable avance al abordar la colaboración entre dos grandes bloques hegemónicos relevantes (CANALES, 1997, p. 19). Ahora bien, el acuerdo comprendió, en primer lugar, cuestiones comerciales, económicas y de cooperación, sin embargo, incluyó otros ámbitos de interés mutuo. Con respecto al comercio, se concibió un diálogo económico y comercial con carácter periódico para preparar la liberalización progresiva y recíproca de los intercambios comerciales en diversos ámbitos: el acceso al mercado, la liberalización de los intercambios comerciales y las disciplinas comerciales; la compatibilidad de los intercambios con las normas de la OMC; la identificación de productos sensibles y productos prioritarios, y por último, la cooperación y el intercambio de información en materia de servicios. Asimismo, aunque no se excluyó ningún sector de la cooperación económica, se especificaron algunos en concreto: energía, transporte, telecomunicaciones y tecnologías de la información; la protección del medio ambiente; la ciencia y la tecnología; la cooperación empresarial y el fomento de inversiones. Las partes tampoco obviaron la dimensión social por ello extendieron la cooperación a la formación y la educación; la comunicación, la información y la cultura, con el fin de favorecer el conocimiento mutuo y el fortalecimiento de los vínculos culturales y la lucha contra el narcotráfico. Respecto a la financiación, se acordó proporcionar aquellos recursos necesarios, sobre todo, mediante el Banco Europeo de Inversiones. Finalmente, la instauración del Consejo de Cooperación facilitaría y supervisaría la correcta aplicación del acuerdo de ahí que se reuniría con carácter periódico (CIENFUEGOS, 2006, p. 44).

En definitiva, dicho acuerdo puede ser considerado el punto de partida en el sempiterno esfuerzo de concluir un acuerdo birregional cuyas negociaciones

se incoaron en el año 2000 (SANAHUJA; RODRÍGUEZ, 2019, p. 8). Un proceso largo y complejo que se puede subdividir en cuatro etapas (GÓMEZ, 2016, p. 21). La primera entre 2000 y 2004 estuvo marcada por el inicio de las negociaciones en las cuales se expusieron las ofertas iniciales y el surgimiento de impasses. Esta dio paso a la segunda etapa en la cual se produjo el definitivo bloqueo que persistió hasta el 2010 (VAILLANT, 2014, p. 337). Durante dicho bloqueo se intentó en reiteradas ocasiones relanzar el proceso ya fuese mediante declaraciones en el seno del Consejo de Cooperación o en cumbres regionales (BIZZOZERO, 2006, p. 10). Sin embargo, la voluntad no fue suficiente para la vuelta a la mesa de negociaciones debido al desequilibrio que existía en la oferta de acceso al mercado y la protección de ciertos productos sensibles entre otros obstáculos. Además, las negociaciones en el seno de la OMC continuaban y debido al compromiso de ambas partes con las pautas del comercio internacional se hacía inclusiva más dificultoso avanzar, por consiguiente, había de esperar a los resultados de Ronda Doha (MOLLE, 2008, p. 95).

A posteriori, la tercera etapa se inició con el cambio político en Argentina que trajo como consecuencia el relanzamiento de las discusiones de modo que los últimos años se ha asistido a varios intentos de culminar con éxito la adopción del Acuerdo. A resaltar el contexto que benefició la cuarta y definitiva etapa, en concreto, la llegada al poder en otoño de 2008de Jair Bolsonaro como presidente de Brasil, quien instó un acercamiento con Argentina tanto en asunto políticos -la situación interna de Venezuela-, como en lo concerniente a su compromiso respecto a MERCOSUR pese a sus declaraciones en la campaña electoral a favor de Estados Unidos, China o Israel como socios estratégicos.

Durante la visita oficial del presidente brasileño a Argentina se reiteró la posición favorable en cuanto a reinstauración de las rondas de negociaciones. De modo que a partir de ese momento se multiplicaron las reuniones técnicas que dieron lugar a la reunión política entre la Comisión y los ministros de Comercio de los países integrantes del MERCOSUR a finales de junio de 2019. A pesar del entusiasmo había de solventarse algunas cuestiones que se concretaban en la carne de vacuno y el azúcar ya que varios países europeos liderados por Francia se opusieron a las condiciones pactadas. Por tanto, ante el intento de bloquear el posible acuerdo, las autoridades españolas patrocinaron una carta a la Comisión Europea, a la cual se unieron Alemania, Países Bajos, Portugal, Suecia, Lituania y República Checa, esgrimiendo la necesidad de un último impulso en las negociaciones. A grandes rasgos, la carta esgrimía la oportunidad histórica de

concluir el que sería el mayor acuerdo comercial de la historia en un momento en el que la Unión ha de reafirmase en el libre comercio frente a las crecientes amenazas neoproteccionistas. La positiva reacción de la Comisión Europea permitió a España asumir el liderazgo en el seno de la cumbre del G-20 en Osaka, tras lo cual, el 29 de junio de 2019 y después de una frenética ronda de negociación en Bruselas, se firmó el ansiado Acuerdo de Asociación (BLANC, 2020, p. 203-204). No se puede obviar el logro, el primer acuerdo de la UE con otro gran bloque regional, el cual se hallaba ciertamente aislado a nivel internacional inclusive de la otra experiencia latinoamericana, la Alianza del Pacífico -Chile, Colombia, México y Perú-.

La razón por la cual se consiguió cerrar la negociación en 2019 con relativa celeridad, mientras en otras ocasiones fue imposible, se aprecia en el cambiante entorno político internacional que ha tensado las relaciones entre las distintas potencias evidenciando un creciente proteccionismo. La inestabilidad ha provocado una sensación de creciente urgencia que en otras circunstancias no se prestaba a tal fin. Por un lado, el acuerdo significa para la UE una nueva etapa tras años de crisis de diverso calado, en concreto, el Brexit y la pérdida de confianza en EEUU como socio estratégico. Por otro lado, en cuanto a MERCOSUR, los previamente mencionados cambios de gobierno en Argentina, Brasil y Paraguay dando lugar a administraciones algo más alejadas del proteccionismo influyeron en la celeridad (MALAMUD; STEINBERG, 2019, p. 2).

En definitiva, la UE ha firmado algún tipo de acuerdo con todos los países latinoamericanos salvo Bolivia y Venezuela. Tratados de Asociación con Chile, México, América Central y Panamá además de MERCOSUR; de Libre Comercio (multipartes) con Colombia, Ecuador y Perú y de Cooperación con Cuba. Coyuntura que demuestra la firme apuesta de la Unión por reforzar los lazos con el continente, pero igualmente su innegable apoyo a los acuerdos comerciales que combinen la cooperación, el diálogo político y el libre comercio como instrumentos de fomento de los valores e intereses europeos.

III. ASEAN Y MERCOSUR: DOS BLOQUES, DOS EXPERIENCIAS DISTINTAS

Tal como se ha expuesto en el apartado anterior, el contexto y la voluntad política en cuanto a la relaciones con MERCOSUR y ASEAN es dispar, pero

igualmente ambos procesos de integración, por consiguiente, en los próximos párrafos se expondrán las principales diferencias (BARTESAGHI, 2014, p. 11).

La primera diferencia recae sobre el grado de ambición. Partiendo de la proliferación de los procesos de integración en la década de los noventa a nivel internacional, se advierte que mientras MERCOSUR apostó por objetivos ciertamente ambiciosos -mercado común- a culminar en un periodo de tiempo relativamente corto, ASEAN optó por un enfoque distinto a tenor del contexto de los países del Sudeste Asiático primando la estabilidad política y la seguridad alejándose *a priori* de objetivos económicos asumiendo no solamente plazos más realistas sino que igualmente se decantó por el pragmatismo.

La segunda diferencia se observa en la voluntad política demostrada por los integrantes de ambos bloques. ASEAN aboga abiertamente por la unidad como expresa su lema "*one visión, one identity, one community*", en cambio, MERCOSUR, en este aspecto se halla lejos puesto que se ha caracterizado por las distenciones internas. ASEAN comenzó siendo un acuerdo político que, *a posteriori*, se encaminó hacia la dimensión económica, por consiguiente, dotándole de un halo de éxito. Por el contrario, MERCOSUR partió desde el paradigma contrario del impulso a un relativo fracaso de modo que dejaron de primar los aspectos comerciales priorizando los políticos.

Por último, la diferencia más evidente y la más conectada al objeto de estudio, la política comercial común. De un lado, ASEAN ha dinamizado sus intercambios comerciales suscribiendo no solamente un importante número de acuerdos bilaterales con sus principales socios comerciales (Nueva Zelanda, China, India, Japón, República de Corea y Hong Kong), sino que igualmente ha concluido, en noviembre de 2020, un acuerdo de carácter regional con Australia, China, Japón, República de Corea y Nueva Zelanda) y, asimismo, se halla en proceso de negociar sendos instrumentos con la UE y EEUU.

De otro lado, MERCOSUR, hasta el momento, no ha logrado suscribir acuerdos de libre comercio de significativo impacto (Egipto e Israel) lo que ha generado una pérdida progresiva de las ventajas comparativas de acceso. También en la política comercial la ASEAN muestra un mayor pragmatismo que MERCOSUR dado que al no conformar una unión aduanera, los miembros no tienen la necesidad de negociar acuerdos en conjunto, permitiendo negociaciones individuales por parte de sus socios.

IV. ACUERDO UE-MERCOSUR: ¿POTENCIAL MODELO BIRREGIONAL?

A la entrada en vigor del acuerdo se creará un mercado integrado por 780 millones de consumidores ciertamente relevante para ambos socios mediante la reducción de aranceles. Atendiendo a un estudio realizado por la Universidad de Manchester (2008) a petición de la Unión, la firma del Tratado permitiría incrementar el PIB de Argentina en un 0,5 por ciento, el de Brasil un 1,5 por ciento, el de Uruguay un 2,1 por ciento y el de Paraguay hasta un 10 por ciento (MALAMUD; STEINBERG, 2019, p. 3). En cuanto a la mejora del PIB europeo, el análisis reveló un 0,1 por ciento en el caso de una apertura comercial completa (MALAMUD; STEINBERG, 2019, p. 3). No obstante, para comprender tanto las aireadas críticas como los acérrimos apoyos se hace imprescindible apreciar aquellos aspectos novedosos del acuerdo, por ello, los siguientes párrafos abordan dicha cuestión (COMISIÓN EUROPEA, 2019).

A grandes rasgos, el acuerdo liberalizará ampliamente el comercio de mercancías. De un lado, MERCOSUR liberalizará por completo el 91 por ciento de sus importaciones de la UE a lo largo de un período de transición de hasta diez años de duración respecto a la mayoría de productos. Para algunos productos más sensibles del MERCOSUR, se reserva una liberalización lineal más larga, de hasta quince años. De otro lado, la UE liberalizará hasta el 92 por ciento de sus importaciones a lo largo de un período de transición de hasta diez años de duración. En cuanto a las líneas arancelarias, MERCOSUR liberalizará por completo el 91 por ciento y la UE el 95 por ciento (COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 2).

Centrándonos en los productos para uso industrial, la UE eliminará los derechos sobre el 100 por cien a lo largo de un período de transición de hasta diez años de duración. Frente a lo cual, MERCOSUR eliminará por completo los derechos sobre los principales sectores: automóviles, las piezas de automóviles, maquinaria, productos químicos y productos farmacológicos. De manera que para cada uno de estos sectores, se producirá una liberalización en más del 90 por ciento de las exportaciones europeas. En cuanto a las mercancías agrícolas, se eliminarán gradualmente los derechos sobre el 93 por ciento de las líneas arancelarias relativas a las exportaciones agroalimentarias de la UE. Respecto a las importaciones, el escenario cambia puesto que estarán sujetas a compromisos de liberalización parcial, incluidos los contingentes arancelarios para los productos más sensibles y se excluirá un número muy reducido de productos. Por el lado de MERCOSUR,

sus miembros liberalizarán una serie de productos principales de interés para las exportaciones de la UE: vino, bebidas espirituosas, aceite de olive, fruta fresca, entre otros (COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 2-3).

En relación con las normas de origen, el acuerdo establece un conjunto de normas de origen con el objeto de facilitar los flujos comerciales entre la UE y MERCOSUR ajustándose a las recientes prácticas de la organización europea. El capítulo consta de tres secciones: normas de origen, procedimientos de origen y cuestión diversas. El primero, normas de origen, en esta sección se definen los requisitos para los productos originarios. El segundo, procedimientos de origen, donde se especifica que las solicitudes de trato arancelario preferencial deben basarse en una declaración de origen del exportador. Si llegado el caso se procede a una inspección, las autoridades aduaneras de la parte importadora podrán solicitar cooperación administrativa para obtener información de la parte exportadora llegando inclusive a demandar asistencia administrativa mutua si se sospecha de irregularidades o fraude, pero no cabe, las visitas de inspección directa. El tercero, cuestiones diversas, por ejemplo, disposiciones referentes a Andorra, San Marino, Ceuta y Melilla (COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 5). Todo ello provocará una simplificación y armonización de los procedimientos comerciales y aduaneros que permitirán un aumento de la productividad.

Otra cuestión a tener en cuenta son instrumentos de defensa comercial que las partes han estipulado para abordar los problemas causados por las prácticas desleales. De modo que una primera parte se refiere a los instrumentos de defensa comercial de la OMC: antidumping, antisubvención y de salvaguardia mundial; y una segunda parte abarca medidas de salvaguarda bilateral (COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 7). El capítulo relativo a las medidas sanitarias y fitosanitarias creará mecanismos para mejorar y facilitar el comercio y preservar, igualmente, la seguridad de los consumidores de la UE puesto que se reafirman las obligaciones de la OMC, pero integrando una mayor cooperación y transparencia (COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 7).

Adicionalmente la contratación pública cuyos resultados son satisfactorios, ya que el acuerdo da a las empresas de la Unión acceso a un mercado que el MERCOSUR aún no ha abierto a ningún otro socio y que solo ha comenzado a liberalizarse a escala interna recientemente. En definitiva, el acuerdo facilitará a las empresas europeas la presentación de ofertas y la obtención de contratos públicos de forma que se evitará la discriminación contra los proveedores de la UE fomentándose la transparencia en los procesos de licitación

(COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 12). Por consiguiente, las empresas europeas competirán con las empresas de los países del MERCOSUR en igualdad de condiciones en lo relativo a las contrataciones públicas cubiertas por el acuerdo. Gran avance considerando que se trata de los primeros países no pertenecientes a la organización sudamericana que pueden hacerlo.

Ya aludiendo a los derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidas las indicaciones geográficas, se garantizará la protección de los productos europeos con denominación de origen -reconociéndose hasta un total de 357-. Dicho asunto generó gran controversia en el seno de la Unión durante el largo proceso de negociación, en concreto, en el seno del Parlamento Europeo. En él se han dirigido preguntas a la Comisión Europea en lo concerniente a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen protegidas, en particular, eurodiputados de nacionalidad española centraron sus observaciones en torno al estado de las negociaciones en lo concerniente a garantizar la protección de todas las indicaciones geográficas y denominaciones de origen protegidas en el contexto del acuerdo. En su respuesta la Comisión Europea reiteró la gran importancia a la protección de las indicaciones geográficas de la UE en el marco de sus acuerdos comerciales. Por ende, aspira a garantizar un alto nivel de protección para una lista de dichas indicaciones geográficas de la UE que se ha elaborado en coordinación con los Estados miembros, a pesar de que MERCOSUR se mostraba reticente (PARLAMENTO EUROPEO, 2019).

Finalmente, se ha de subrayar que el acuerdo aborda la cooperación en cuestiones de gran calado político: desarrollo sostenible, cumplimiento del Acuerdo de Paris, altos estándares en relación con los derechos humanos y los derechos laborales. El punto de partida gira en torno a que el aumento del comercio no debe provocar un detrimento del medio ambiente o de las condiciones de trabajo, sino promover el desarrollo sostenible. Por ello, los sindicatos europeos y muchos empresarios, especialmente de las pymes, demandaron que las partes evitarán atraer comercio e inversiones devaluando las normas laborales o medioambientales. En particular, a destacar, el compromiso de promover la responsabilidad social de las empresas y una conducta empresarial responsable, en consonancia con las orientaciones internacionales (COMISIÓN EUROPEA, 2019, p. 17).

Ahora bien, a pesar de que, *a priori*, los aspectos destacados, hasta el momento, vislumbran ventajas para la parte europea, no se ha de obviar la premisa de que todo acuerdo comercial implica "ganadores" y "perdedores". De modo que

el proceso de conclusión no será tampoco sencillo dado que, en el seno de la Unión, no solamente en el Parlamento Europeo se puede encontrar con detractores, sino que Francia, Irlanda y Polonia se han mostrado reticentes debido a las presiones de sus agricultores y ganaderos. En verano de 2020, el presidente Emmanuel Macron reiteró su oposición y por ende su predisposición a vetar el acuerdo en base al informe de una comisión independiente de expertos –elaborado a petición del propio Ejecutivo- que alerta del impacto negativo para el medioambiente. El informe detalló que la deforestación alcanzaría unas 700 000 hectáreas en los seis años tras la entrada en vigor a causa de la industria agroalimentaria de modo que los beneficios no podrían llegar a compensar el aumento de emisiones de gases de efecto invernadero. En línea con lo cual, la sociedad civil también ha incidido en lo negativo del acuerdo, así Greenpeace ha manifestado su contrariedad enfatizando que la Unión además de ignorar sus propios valores al concluir un instrumento jurídico con Brasil -país que no solamente ha experimentado un creciente aumento de las violaciones de los derechos humanos, sino que también agresiones medioambientales- únicamente ha apostado por abrir las fronteras a la soja, el etanol y la carne de vacuno procedente de la deforestación a cambio de enviar coches y acceder al mercado de la contratación pública (GREENPEACE, 2020). Igualmente en el seno de MERCOSUR han surgido voces discordantes, en particular, el cambio de gobierno en Argentina no augura tampoco facilidades.

Esta dicotomía de "ganadores" y "perdedores" trae como consecuencia el rechazo del libre comercio y el auge del proteccionismo cuya manifestación principal se halla en la guerra comercial entre Estados Unidos y China, la consecución del Brexit, la falta de consenso en el G20 o en el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, o el bloqueo del proceso para nombramiento del Director General de la OMC. Por supuesto, es innegable que la prometida prosperidad del libre comercio no ha sido compartida de forma global. No obstante, la principal "amenaza" no proviene de países que han quedado al margen del proceso sino de que aquellos que la promovieron y se han beneficiado de su impacto, las economías avanzadas. En algunas de ellas, un porcentaje considerable de ciudadanos y empresas han afrontado dificultades para adaptare al cambio económico, por tanto, la desigualdad se ha acrecentado ejerciendo mayor presión sobre la subsistencia de los trabajadores menos cualificados (GONZÁLEZ, 2019, p. 35). Todo ello ha alimentado un fehaciente resentimiento alentada por fuerzas políticas de halo populista.

Sin embargo, el proteccionismo *per se* no garantiza el crecimiento a largo plazo ni protege el empleo sino todo lo contrario. De hecho, la gran apuesta por los acuerdos birregionales de la Unión muestra su objeción hacia el proteccionismo comercial y, por consiguiente, su apoyo expreso al libre comercio basado en las reglas. No se ha de desdeñar cómo el libre comercio ha hecho un mundo más próspero estimulando la transformación de la economía mundial a la par que intensificando la interconexión sobre todo a partir de la década de 1990. Indudablemente la apertura de los mercados mundiales ha permitido a los países con mercados internos pequeños aprovechar la demanda exterior para desviar no solamente recursos sino igualmente fuerza laboral hacia la producción de bienes y servicios en aquellos sectores en los cuales son más productivos. La exportación exige alta calidad dado que, si los productos son caros o de baja calidad, tal vez se podrán vender en el mercado doméstico protegido, pero no más allá (GONZÁLEZ, 2019, p. 33).

Esta articulación no solamente ha sido observada por la Unión, sino que los miembros de ASEAN, igualmente, se han sumado a la promoción del libre comercio con la firma de un acuerdo de carácter regional a finales de 2020: Partenariado Económico Integral Regional[1] con Australia, China, Japón, República de Corea y Nueva Zelanda. El conjunto de participante representa tanto el 30 por ciento del PIB mundial, así como el 30 por ciento de la población global. Tomando en consideración tales cifras no se ha desdeñar la importancia de los veinte capítulos que componen el acuerdo cuyo objetivo primordial reside en establecer una asociación económica moderna, integral, de alta calidad y que beneficie a los partners de modo que se facilite la expansión tanto del comercio como la inversión regional contribuyendo, por consiguiente, al desarrollo y crecimiento global (ASEAN SECRETARIAT, 2020, p. 1). Los futuros socios han explicitado las bondades del libre comercio, en definitiva, aquellas que apoya y fomenta la UE: las oportunidades para el mercado y para los ciudadanos acatando el sistema de la OMC.

En una primera lectura del acuerdo se disciernen elementos de cierta similitud y, desde luego, de disparidad con el acuerdo UE-MERCOSUR. De un lado, su carácter de "integral" que exige y cubre profundos compromisos abarcando comercio de mercancías, comercio de servicios -conteniendo reglas para los servicios financieros-, normas de origen, procedimiento aduanero de facilitación del comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, inversión, propiedad

[1] The Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement.

intelectual, cooperación económica y técnica, marco de resolución de disputas, entre otros. En definitiva, se busca la liberalización ahondando en el acceso al mercado tal como estipula el acuerdo entre la Unión y MERCOSUR. De otro lado, el acuerdo asume las disparidades económicas y de desarrollo entre todos los socios, a partir de lo cual, se reforzará la competitividad y productividad de manera responsable y constructiva enfocándose en la flexibilidad. Se trata de que el acuerdo no excluya a aquellas economías que presentan un nivel de desarrollo diferente -la economía de Myanmar no es comparable con la de la República de Corea- sino que estas se sirvan del instrumento para potenciarse.

CONSIDERACIONES FINALES

En el escenario mundial, las relaciones se entablan primordialmente desde el interés ya sea económico o social, no obstante, recae en la voluntad política que estas fructifiquen. Dicha voluntad puede surgir en tiempos de bonanza para afianzar el crecimiento o en tiempos de crisis como solución a ella. Esta hipótesis se puede aplicar a la coyuntura actual que presenta el libre comercio. Tras años de auge, las consecuencias negativas de malas políticas nacionales han enquistado la percepción sobre este entre los ciudadanos de las principales potencias.

Frente a lo cual, la UE ha optado por apostar por los réditos que ofrece su propio mercado y actualizar o concluir acuerdos comerciales. Entre los que destaca el firmado con MERCOSUR pese a las conocidas críticas y reticencias a ambas orillas del Atlántico. Un acuerdo pionero que indiscutiblemente exigirá un esfuerzo por ambas partes ya que presenta aspectos peliagudos que podrían impedir su ratificación. Tal vez el contexto global de crisis que enfrentamos y enfrentaremos a lo largo de los próximos años debido al Covid-19 allane el proceso.

Respecto a si el acuerdo podría convertirse en un modelo para futuras negociaciones, el *paper* se ha centrado en ASEAN y su, igualmente, sempiterno proceso que lejos se encuentra de culminar a pesar de los esfuerzos de ambas organizaciones. Sin embargo, que el bloque del Sudeste Asiático haya firmado recientemente un acuerdo regional con potencias ideológica y geográficamente cercanas, pero de mayor peso resulta un gran avance. En definitiva, el acuerdo UE - MERCOSUR no puede erigirse en prototipo puesto que las disparidades entre socios no desaparecerán, ahora bien, cabe la posibilidad de que se convierta en el

adalid del libre comercio conforme a las normas de la OMC alejándose del proteccionismo y en ello reside su transcendencia.

La autora muestra su agradecimiento tanto al Programa Serra Húnter como al Instituto de Desarrollo Social y Territorial (INDEST) de la Universidad de Lleida por su apoyo financiero en el marco del proyecto Estudio y análisis de la biodiversidad de cultivos y del pago verde "Greening" en la provincia de Lleida en el horizonte de la futura reforma de la PAC Post 2020.

REFERENCIAS

a) Referencias bibliográficas

BARTESAGHI, I. *La Asean y el Mercosur: similitudes, diferencias y potencialidad.* Revista Temas de Derecho Económico. Enfoque Nacional e Internacional, núm. 2, 2014.

BIZZOZERO REVELEZ, L. *Negociaciones Mercosur – Unión Europea, articulación del espacio Euro-Latinoamérica/Caribeños y gobernanza mundial.* Cuadernos de integración europea (Ejemplar dedicado a: Relaciones Unión Europea – Mercosur), núm. 5, 2006.

BLANC ALTEMIR, A.: *¿Hacia un nuevo paradigma de los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea? La negociación del nuevo Acuerdo con el MERCOSUR.* Anuario Español de Derecho Internacional. El Derecho Internacional en un mundo cambiante: en el inmovilismo y la ruptura. Liber Amicorum Romualdo Bermejo García y Cesáreo Gutiérrez Espada, vol. XXXIV, 2018, pp. 921-968.

BLANC ALTEMIR, A. *El acuerdo Unión Europea – Mercosur.* En Blanc Altemir, A. (dir.): La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 193-218.

BORRELL, J. *Reforzar la asociación UE-ASEAN, una necesidad imperiosa.* Disponible en: <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/90263/node/90263_es>, Acceso en: 21 enero 2021, 17:15:00.

BOUMELLASA, H.; DECREUX, Y.; FONTAGNÉ, L. *Economic impact of a potential free trade agreement (FTA) between the European Union and ASEAN.* Centre d'études prospectives et d'informations internationales, núm. 4 (December 2008).

CANALES ALIENDE, J.M. *Las relaciones entre la Unión Europea y Mercosur: balance y perspectivas*. REGAP: Revista gallega de administración pública, vol. 1, núm. 15, 1997, pp. 13-26.

CIENFUEGOS MATEO, M. *La asociación estratégica entre la Unión Europea y el Mercosur, en la encrucijada*. CIDOB edicions, Documentos n.º 15 América Latina, 2006.

FEÁS, E.; STEINBERG, F. *La política comercial europea ante un entorno internacional cambiante*. Real Instituto Elcano, Informe Elcano núm. 26, octubre 2019.

GÓMEZ ARANA, A. *The European Union's policy towards Mercosur: responsive not strategic*. Manchester University Press, 2016.

GONZÁLEZ, A. *Cómo puede el comercio contribuir a crear una sociedad mejor para todos*. Anuario Internacional CIDOB, 2019, pp. 31-39.

MALAMUD, C.; STEINBERG, F. *El acuerdo UE – Mercosur: ¿quién gana, quién pierde y qué significa el acuerdo?* Documento ARI 78/2019, Real Instituto Elcano, julio 2019.

MEISSNER, K.. *¿Ha fracasado el interregionalismo? Las negociaciones UE-ASEAN*. Revista CIDOB d' Afers Internacionals, [en línea], 2015, n.º 110, pp. 17-42. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/view/299147 > , Acceso en 12 enero 2021, 18:10:00

MOLLE, G. *Negociación MERCOSUR – Unión Europea*. Revista del CEI, Comercio Exterior e Integración, núm. 11, 2008, pp. 95-120.

NICOLAS, F.; ANDREOSSO-O'CALLAGHAN, B. *What scope for an EU-ASEAN free trade agreement?* Journal of World Trade, vol. 42, núm. 1 (2008).

OERSTROEM MOELLER, J. *ASEAN's relations with the European Union: obstacles and opportunities*. Contemporary Southeast Asia: a journal of international and strategic affairs, vol. 29, núm. 3 (December 2007), Special focus on ASEAN at 40: progress, prospects and challenges.

ROBLES, A.C. *The EU and ASEAN: learning from the failed EU-MERCOSUR FTA negotiations*. ASEAN Economic Bulletin, vol. 25, núm. 3 (December 2008).

RÜLAND, J. *ASEAN and the European Union: a bumpy inter-regional* relationship. Discussion Paper C 95, Zentrum für Europäische Integrationsforschung-Center for European Integration Studies Rheinische Friedrich Wilhems-Universität Bonn, 2001.

SANAHUJA, J.A.; RODRÍGUEZ, J.D. *Veinte años de negociaciones Unión Europea – Mercosur: del interregionalismo a la crisis de la globalización*. Fundación Carolina, Documentos de Trabajo 13/2019. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/09/DT_FC_13.pdf>, Acceso en 15 diciembre 2020, 20:00:00

SEVERINO, R.C. *The ASEAN Charter: an opportunity not be missed*. UNISCI Discussion Papers, 12 (October 2006).

VAILLANT M.; VAILLANT, P. *European Union – Mercosur negotiations: a return to uncertainties*. Latin American business review, vol. 15 (3-4), 2014, 337-362.

YEO, L.H. *ASEAN-EU Dialogue: moving towards strategic relevance*. En Koh, T; Seah Li-Lian, S.; Li Lin, C. (eds): 50 yeas of ASEAN and Singapore, World Scientific Publishing, Singapore 2017.

b) Documentos e informes de organismos nacionales e internacionales

ASEAN SECRETARIAT. *ASEAN Annual Report 2018-2019*. July 2019. Disponible en: <https://asean.org/storage/2019/08/ASEAN-Annual-Report-2018-2019-we-pdf>, Acceso en 15 noviembre 2020, 15:00:00.

ASEAN SECRETARIAT. *ASEAN-EU Plan of Action (2018 – 2022*). Disponible en: <https://asean.org/wp-content/uploads/2017/08/ASEAN-EU-POA-2018-2022-Final.pdf>, Acceso en 18 diciembre 2020, 16:15:00.

ASEAN SECRETARIAT. *Summary of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*. November 2020. Disponible en: <https://asean.org/storage/2020/11/Summary-of-the-RCEP-Agreement.pdf>, Acceso en 22 diciembre 2020, 20:00:00.

EUROPEAN UNION. *Bulletin EU* (5.2007), 1.34.22.

COMISIÓN EUROPEA, ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD. *La UE y la ASEAN: una asociación con finalidad estratégica*. JOIN(2015) 22 final, Bruselas, 18.05.2015.

COMISIÓN EUROPEA. *Hacia una nueva estrategia para Asia*. COM(94) 314 final, Bruselas, 13.07.1994.

COMISIÓN EUROPEA. *Nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y el MERCOSUR. Acuerdo de principio*. Bruselas, 01.07.2019. Disponible en: <

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_158249.pdf>, Acceso en 06 enero 2021, 12:00:00.

COMISIÓN EUROPEA. *Por una nueva dinámica en las relaciones entre la Unión Europea y la ASEAN*. COM(96), 314 final, Bruselas, 0307.1996.

COMISIÓN EUROPEA. *Una nueva asociación con Asia Sudoriental*. COM(2003) 399 final, Bruselas, 09.07.2003.

EUROPEAN COMMISISON. *Asean Profile*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/asean/, Acceso en 25 enero 2021, 10:00:00.

EUROPEAN COMMISSION. *European Union, Trade in goods with ASEAN (Association Of South-East Asian Nations)*. April 2020. Disponible en: <https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/region/details_asean-association-of-south-east-asian-nations_en.pdf>, Acceso en 15 enero de 2021, 09:30:00

GREENPEACE. *UE-MERCOSUR, un acuerdo comercial sellado a sangre y fuego*, 09.10.2020. Disponible en: <https://es.greenpeace.org/es/noticias/ue-mercosur-un-acuerdo-comercial-sellado-a-sangre-y-fuego/>, Acceso 12 enero 2021, 08:00:00.

PARLAMENTO EUROPEO. *Pregunta con solicitud de respuesta escrita P-005667-18 a la Comisión. Artículo 130 del Reglamento – Esther Herranz García (PPE), Gabriel Mato (PPE), Ramón Luis Valcárcel Siso (PPE*). Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-8-2018-005667_ES.html>, Acceso 16 noviembre 2020, 21:00:00.

ANÁLISE DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DA LEI DE PROTEÇÃO DE CULTIVARES COMO INSTRUMENTOS DE SEGURANÇA JURÍDICA AO INVESTIMENTO EUROPEU NO BRASIL

Russielton Sousa Barroso Cipriano
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, PPGD Mestrando, Brasília, Brasil
russielton.cipriano@afctf.adv.br

Washington Luís Specemille Ressurreição
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, PPGD Mestrando, Brasília, Brasil
w.luis@afctf.adv.br

Rafael Arcuri
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, PPGD Mestre, Brasília, Brasil
rafael.arcuri@afctf.adv.br

Resumo: Mercosul e União Europeia celebraram, em 2019, acordo estratégico de associação entre blocos, aumentando a circulação de bens e serviços e facilitando a entrada de investimento europeu no Mercosul. O Mercosul, por sua vez, é um mercado de grande relevância global e que possui grande potencial de crescimento no desenvolvimento de tecnologias voltadas à agricultura. Contudo, o comportamento do judiciário brasileiro merece uma análise mais aprofundada, em especial em relação a casos envolvendo a Lei de Propriedade Industrial, para garantir que os investidores estrangeiros tenham assegurado o respeito à tecnologia desenvolvida no país de origem. Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar o comportamento decisional do judiciário brasileiro, no qual se manifestou sobre a possibilidade ou não de cobrança de royalties ou outra taxa tecnológica sobre a comercialização de produtos que possuem processo inventivo biotecnológico patenteado. O *leading case* tratado é o REsp 1610728/RS, onde litigaram a Monsanto do Brasil Ltda. e diversos sindicatos representantes de produtores rurais do Brasil e discutia-se se seria possível conferir proteção simultânea – pelos institutos da patente de invenção (Lei 9.279/96) e da proteção de cultivares (Lei 9.456/97) – a sementes transgênicas de soja chamadas *Roundup Ready*.

Palavras-chave: Acordo de Associação Mercosul e União Europeia. Propriedade Industrial. Segurança jurídica.

Abstract: In 2019, Mercosur and the European Union signed a strategic association agreement between blocs, increasing the circulation of goods and services and facilitating the entry of European investment in Mercosur. Mercosur,

on the other hand, is a market of great global relevance and has great growth potential in the development of technologies aimed at agriculture. However, the behavior of the Brazilian judiciary deserves further analysis, especially in relation to cases involving the Industrial Property Law, to ensure that foreign investors have ensured respect for the technology developed in the country of origin. Therefore, the objective of this work is to analyze the decision-making behavior of the Brazilian judiciary, in which it expressed its opinion on the possibility or not of collecting royalties or other technological fees on the sale of products that have a patented biotechnological inventive process. The leading case is REsp 1610728/RS, where Monsanto do Brasil Ltda. and several unions representing rural producers in Brazil. It was discussed whether it would be possible to grant simultaneous protection – patents (Law 9.279 / 96) and cultivars (Law 9456/97) – to transgenic soybean seeds called Roundup Ready.

Key-Words: Mercosur and European Union Association Agreement. Industrial property. Legal certainty.

INTRODUÇÃO

Para que relações comerciais entre blocos econômicos, como a celebrada entre Mercosul e União Europeia alcance seus objetivos estratégicos, não é suficiente apenas a existência de leis específicas visando objetivos específicos. É necessário que o aplicador da lei seja minimamente capacitado a entender dos problemas trazidos ao poder judiciário.

No caso da semente *Roundup Ready*, um acúmulo de conhecimento de muitas décadas foi levado ao judiciário em forma de litígio, demandando uma compreensão do fato bruto (a semente e sua relação com os usos e costumes do agronegócio brasileiro), por parte dos envolvidos, para que o fato institucional (a decisão judicial) se adequasse aos objetivos pressupostos pela legislação de propriedade intelectual.

Esses objetivos pressupostos serão abordados no item seguinte, para que se possa entender, ainda que de maneira especulativa, a expectativa do mercado investidor sobre as regras de propriedade intelectual. E, mais adiante, depois de entender a teleologia das normas de propriedade intelectual, será analisado o papel da segurança jurídica advinda da aplicação das normas de propriedade intelectual.

1. Dependência Tecnológica Da Das Decisões Que Envolvem Propriedade Intelectual

a) As dificuldades do direito de patentes como consequência das duas culturas

Aqueles que lidam frequentemente com casos de patentes, como o juiz James F. Holderman, presidente do tribunal do Distrito Norte de Illinois, nos Estados Unido, relatam que esse tipo de caso "é mais complicado, consome mais tempo e é mais mentalmente exigente porque, tipicamente, a patente sendo litigada é um avanço bem-sucedido de alguma ciência ou tecnologia" e, por isso, "o juiz precisa entender o pano de fundo só para entender a base factual do problema e depois lidar com os aspectos jurídicos" (LEE, 2010).

Os problemas acima refletem a falta de entendimento que os juristas têm ao trabalhar com temas científicos (LEE, 2010). Mas isso é só um sintoma de uma incompreensão maior, capturada por Charles Snow, em 1959[1] (LEE, 2010). Snow apresentou uma palestra – na tradicional série da universidade de Cambridge, chamadas de *Reed Lectures*[2] – intitulada *The Two Cultures And The Scientific Revolution*, onde ele argumenta que, no ocidente, existem duas culturas que não se comunicam: as ciências e as humanas.

Snow faz uma série de generalizações para tentar delimitar algumas características que definem cada cultura. O que nos interessa, porém, é que uma característica em comum entre as duas culturas é sua incompreensão mútua. Enquanto os intelectuais literários se recusariam a abrir seus olhos para os avanços da ciência, os cientistas menosprezariam a cultura tradicional. Um exemplo recente de incompreensão por parte da cultura tradicional – que já se solidificou em antipatia – foi a frase do Secretário de Justiça britânico, durante a campanha pró-Brexit, quando disse: "acho que as pessoas neste país já tiveram o suficiente de

---

[1] Charles Percy Snow era Doutor em Física pela universidade de Cambridge, onde pesquisou física molecular por cerca de vinte anos, foi administrador da universidade e, durante a Segunda Guerra, foi consultor científico para o governo britânico. Era também um autor de sucesso, com romances best-sellers. Como consta em <http://www.age-of-the-sage.org/scientist/snow_two_cultures.html> e <http://www.age-of-the-sage.org/scientist/snow_two_cultures.html>.

[2] Disponível em: <http://www.cam.ac.uk/for-staff/news/sir-robert-redes-lecture. Acesso em: 23 de dez. 2020, 12:53:00.

especialistas"[3], não precisando deles para decidir se continuariam na União Europeia.

E o problema não é só uma falta de empatia para com os objetivos do outro grupo. A formação acadêmica ramificada, gerada pela especificação intelectual (SNOW, 1959), muitas vezes impede a compreensão do resultado do conhecimento construído por cada um dos ramos – sendo, aparentemente, mais acentuado na incompreensão do não cientista sobre o trabalho científico.

A relevância da obra de Snow é a denúncia dos problemas gerados pela especialização intelectual (LEE, 2010). Para o mundo jurídico, uma vez que a decisão judicial é o momento de concretização do direito, caso o juiz não tenha domínio da matéria de fato que está sendo litigada, os esforços legislativos, por melhores que sejam, nunca serão concretizados (LEE, 2010).

b) A função desenvolvimentista das normas de Propriedade Intelectual

A regulamentação da Propriedade Intelectual tem como objetivo estimular o investimento em inovação, evitando um subinvestimento que seria consequência da natureza altamente copiável dos bens imateriais (PRUD'HOMME, 2016). As premissas da qual parte esse tipo de legislação são: inovar custa caro; copiar é fácil e corrói os ganhos de quem inovou; inovar é essencial para o desenvolvimento econômico e social; a inovação deve ser estimulada.

Com isso, as legislações de propriedade intelectual não existem simplesmente para resolver problemas imediatos da distribuição de titularidades. Seus fins só são alcançados num futuro que depende de como a realidade reagirá aos seus comandos. A legislação de patentes, por exemplo, só se justifica se de

[3] Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/10/michael-goves-guide-to-britains-greatest-enemy-the-experts/>. Acesso em: 23 de dez. 2020, 15:02:00. O termo "especialistas", na frase acima, se referia a economistas. Acreditamos, porém, que com o grau de matematização e rigor metodológico que a economia alcançou, a pesar de se manter uma ciência humana, ela pode sem problema se encaixar na cultura cientifica. A cultura de pesquisa dos economistas, preocupados com rigor metodológico e argumentos lastreados em experimentos, fez com que o grau de replicabilidade dos artigos publicados fosse significantemente maior do que os da psicologia ou da medicina, como mostra o estudo publicado em março de 2016, disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/early/2016/03/02/science.aaf0918.full>.

alguma forma estimular o número ou qualidade de inovações com aplicação industrial, que sejam novas e não-óbvias.

Pressupõe-se que esse corpo normativo tenha sido feito de uma forma que possibilite esse fim e, mesmo que não tenha sido sua intenção na arena legislativa, suas justificativas jurídicas se mesclam com os fins que acabamos de expor. Mas não se pressupõe que ela será feliz em alcançar seus objetivos. Contudo, para alcançar ou para se averiguar seus resultados no mundo, é obvio que a sistematicidade de sua aplicação é necessária.

Não se pode esperar avaliar se as proposições de uma legislação que pretende alterar a realidade são boas ou ruins – alcançam ou não seus objetivos – se essas proposições não são aplicadas de fato.

Porém, a dificuldade na aplicação das regras de propriedade intelectual vai além das normais. A matéria de fato com que os juízes devem lidar muitas vezes não dialogam com os textos normativos e uma tradução é necessária.

c) A estrutura econômica das patentes

A patente é uma tentativa jurídica de tornar escasso um bem naturalmente não escasso (PLANT, 1934). Essa escolha política, porém, não é auto evidente. Caso não exista a escassez de um bem – caso ele seja abundante para além dos usos possíveis –, não há necessidade de que ele seja partilhado (HUME, 2013).

Por quê deve-se repartir bens que, caso não repartidos, não causarão transtornos (HUME, 2013)? Exatamente por serem abundantes, esses bens não gerarão conflitos entre pessoas com interesses diferentes. As regras de propriedade se fazem necessárias quando a natureza não proporciona todos os bens de forma abundante e, a partir do momento que eles são escassos, seus usos são – ou podem ser – conflitantes (HUME, 2013).

As patentes, por outro lado, diferentemente da propriedade privada comum, não são a consequência da escassez dos bens (PLANT, 1934). Enquanto a propriedade "tradicional" (bens materiais) *lida* com a escassez dos bens, a propriedade intelectual cria a escassez de bens naturalmente não-escassos.

Se a propriedade intelectual – como é o caso das patentes – cria o problema que a propriedade tradicional tenta resolver, deve haver uma justificativa para tanto. O efeito esperado de uma patente é que ela aumente o preço de um

bem não-escasso. Havendo demanda para um determinado bem, seu preço será diretamente influenciado por sua oferta – sua escassez. O preço será uma função entre oferta e demanda. Caso o bem seja ilimitado e de fácil acesso, mesmo havendo elevada demanda, seu preço será zero. Porém, o aumento artificial do preço de um bem, por meio de uma legislação que cria uma escassez artificial, ainda não está justificada.

Aqui é onde os efeitos esperados – uma análise de prognose, que se pauta na previsão de fatos que podem acontecer no mundo real – se encontram com a justificativa política – o porquê de determinados efeitos/consequências deva ser alcançado. As patentes protegem ideias inovadoras que se transformam em produtos comercializáveis. Pressupõe-se que é de interesse de todos estimular a criação de novas ideias desse tipo. Mas há um receio de que, caso não haja uma proteção legal contra a cópia dessas ideias – uma *inefetividade* da escassez artificial criada pelo Direito na forma de uma patente – não existam incentivos para que se criem mais ideias desse tipo (LANDES; POSNER, 2003).

Por outro lado, quando da análise de um dado sistema patentário sob a ótica estrita do Direito Privado, em especial do Direito Empresarial, há que se qualificar tal sistema como um mecanismo de divulgação do conhecimento produzido. Assim, o sistema de patentes seria, sob tal ótica, procedimental, já que permitiria a divulgação do processo produtivo ou produto para toda a comunidade científica, gerando-se mais desenvolvimento econômico e social. Em consequência, a exclusividade deferida ao inventor, por uma única vez, nada mais seria do que um ressarcimento ao investimento feito na invenção, permitindo-se, assim, a continuidade dos processos inventivos[4].

A patente é um privilegio legal. Tal benefício (privilégio) será concedido ao inventor, permitindo-lhe fabricar, utilizar e/ou vender determinado bem ou processo, de forma exclusiva e por tempo determinado (GÓMEZ ABELLEIRA, 1999). Ou seja, é evidente, quando de sua concessão por um favor legal, sua temporalidade.

[4] O monopólio gerado pelo sistema de patentes, em benefício do inventor, geraria um incremento dos preços dos produtos resultado do processo inventivo, incentivando a criação de novas ideias. Contudo, este monopólio deve ser limitado, controlado pelo próprio Estado, já que legal. Ademais, não pode ser eterno, já que perpetuaria os efeitos danosos à concorrência e ao bem-estar social. Veja-se, de entre muitos: STORDEUR, Eduardo. Análisis económico del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 186 e ss.

O tratamento dos direitos de propriedade industrial, no marco do Direito do comércio internacional, oscila entre sua configuração territorial e a globalização das relações comerciais. Essa última circunstância introduziu a necessidade de rentabilidade dos investimentos realizados por atores de P&D. Essas coordenadas se manifestam em diferentes momentos da regulamentação internacional dos direitos de propriedade industrial (JIMÉNEZ BLANCO, 1998).

Para o Tribunal de Justiça de Luxemburgo (TJUE), tal privilégio é justificável como uma concessão ao inventor de um direito exclusivo de comercialização/licenciamento do bem, permitindo, com o monopólio da exploração, a recompensa por seus esforços criativos (UNIÃO EUROPEIA, 1974). Tem como objetivo específico garantir ao titular de tal direito, de utilizar sua invenção com vistas a fabricação e comercialização de produtos industriais de forma exclusiva, durante prazo determinado[5].

Contudo, importa salientar que o sistema de patentes não é feito com o objetivo único de gerar exclusividade ao inventor. A exclusividade, ainda que exista, é entendida somente como uma recompensa ao inventor pelo trabalho realizado. O sistema pretende, assim, a partir da justificativa ostensiva geralmente concedida[6], contribuir para o desenvolvimento tecnológico e científico dos povos, já que os processos de invenção serão arquivados nos órgãos concedentes da patente e divulgados para a comunidade científica mundial.

Feitas essas considerações, analisaremos o caso da Monsanto sob a ótica das duas culturas e da estrutura econômica das patentes para analisarmos, ainda

---

[5] Para aprofundar sobre o sistema de patentes no âmbito da UE, em especial o sistema de proteção unificado das mesmas, veja-se, de entre outros: BRUNS, Alexander. Litigation on Intellectual Property in Europe – Basic Structures and Perspectives, em: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public, Mohr Siebeck, Tubingen, 2011, p. 255 e ss.

[6] Interessante tema analisado por Andrea Fusaro, no âmbito da UE, no sentido de que, muitas das vezes, a autonomia da vontade gera uma intervenção privada nos contratos com efeitos públicos, já que as partes defenderiam não somente seus interesses na relação jurídica, mas também os interesses e vontade da coletividade, funcionando como uma verdadeira intervenção privada, com efeito público, na economia contratual. FUSARO, Andrea. Autonomia privata ed intervento pubblico: gli interventi privati che svolgono funzioni pubbliche, em: ALPA, Guido; DANOVI, Remo. Diritto Privato Europeo – fonti ed effetti, Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 283 e ss. No mesmo sentido, ver: GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Las patentes en el com- ercio internacional. Madrid: Dykinson, 1997. p. 353 e ss.

que de maneira qualitativa – e não por meio de estudo empírico sistematizado – se o judiciário brasileiro de fato aplicou as normas de propriedade intelectual como forma de preservar investimentos do inovador.

2. O Caso Monsanto (REsp 1610728/Rs)

Em meados do ano de 2010 se instaurou no Brasil uma controvérsia envolvendo vários produtores de soja e uma das maiores multinacionais do seguimento de produção de sementes, a Monsanto.

O núcleo da discussão, conforme delineado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça[7], era definir se os agricultores poderiam reservar a soja *Roundup Ready* – ou soja RR – para: (i) o replantar a semente em seus campos de cultivo; (ii) vender a produção como alimento ou matéria prima; (iii) doar sementes a pequenos produtores, caso a doação também fosse promovida por pequeno produtor, independentemente do pagamento de quaisquer valores ao desenvolvedor da tecnologia presente nas sementes.

Os produtores rurais brasileiros, baseando seu posicionamento na Lei nº 9.456/97, Lei de Proteção de Cultivares[8], defendiam que possuíam direito de realizar as ações descritas acima de forma totalmente livre e sem que houvesse a possibilidade de cobrança de "royalties", taxas tecnológicas ou qualquer outro valor. No seu entender, tais condutas teriam sua regularidade garantida pelo artigo 10 da Lei de Proteção de Cultivares:

> Art. 10. Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que:
>
> I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha;
>
> II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos;
>
> III - utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica;
>
> IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1610728/RS**.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 14/10/2019.

[8] BRASIL. Lei n. 9.456/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9456.htm. Acesso em 05/01/2021.

> de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não-governamentais, autorizados pelo Poder Público.
>
> V - multiplica, distribui, troca ou comercializa sementes, mudas e outros materiais propagativos no âmbito do disposto no art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, na qualidade de agricultores familiares ou por empreendimentos familiares que se enquadrem nos critérios da Lei no 11.326, de 24 de julho de 2006.

Desta forma, se tais práticas não ofendessem a propriedade intelectual do desenvolvedor da tecnologia das sementes, poderiam ser adotadas sem que houvesse pagamentos ulteriores.

Por sua vez, a Monsanto defendia que esta cobrança era legitimada em razão do registro da patente da tecnologia implementada nas sementes de soja *Roundup Ready*.

Em outras palavras, a Monsanto teria direito exclusivo de exploração dos melhoramentos genéticos feitos nas sementes. Para reforçar tal pensamento, a entidade ressaltava que as limitações aos direitos de patentes são previstas de forma taxativa na Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96, e em tal regulação não está inserida a faculdade defendida pelos produtores.

O caso tramitou em três instâncias do Poder Judiciário Brasileiro e contou com a participação de várias entidades que contribuíram com a discussão do direito aplicável ao caso, como a Associação Brasileira de Sementes e Mudas – ABRASEM, a Associação de Empresas de Biotecnologia, Agricultura e Agroindústria – AGROBIO, a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, o Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

A disputa foi inicialmente julgada em favor dos produtores, sendo-lhes assegurada a possibilidade de praticar as condutas descritas no início deste capítulo independentemente do pagamento de quaisquer valores. Determinou-se, ainda, que a Monsanto devolvesse valores cobrados sobre a safra 2003/2004 e que se abstivesse de realizar novas cobranças, sob pena de incorrer em multa de R$1.000.000,00 (um milhão de reais) por dia de descumprimento.

Nada obstante, ao julgar o caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aplicou entendimento diverso, concluindo que a proteção da patente deveria prevalecer no caso, visto que se trata de um direito

comprovadamente assegurado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Ao final, o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete em última análise dar a interpretação adequada à legislação federal no Brasil, decidiu por privilegiar o direito assegurado pela patente da Monsanto, reconhecendo a legalidade das cobranças realizadas pela companhia.

Para chegar a tal conclusão, o Superior Tribunal de Justiça fez uma profunda análise dos vários argumentos trazidos pelas partes e terceiros que intervieram, dente os quais se destacam os contidos nos itens seguintes.

O sistema brasileiro de proteção à propriedade intelectual está inserido em um contexto internacional e deriva de compromissos assinados pelo Estado perante a Organização Mundial do Comércio – OMC, a União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial e a União Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais, de forma que se as diretrizes internacionais foram voluntariamente assumidas pelo Brasil, elas devem ser seguidas.

Já no âmbito nacional, a Constituição Federativa reconheceu como direito fundamental a proteção da invenção em favor dos autores, conforme consta no art. 5º, inciso XXIX, e instituiu como dever do Estado fortalecer a inovação e criar um ambiente que promova a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia, segundo os arts. 218 a 219-B.

Em outras palavras, decidir pela liberdade dos produtores de utilizar ilimitadamente a tecnologia desenvolvida pela Monsanto iria de encontro ao papel do Estado.

O Superior Tribunal de Justiça delineou, já abordando o plano infraconstitucional, que a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) autoriza a possibilidade de patentear microrganismos transgênicos, ao passo que a Lei de Cultivares (Lei nº 9.456/97) se ocupou de regular variedades vegetais.

Segundo a Lei de Proteção de Cultivares, cumpridos alguns requisitos, o órgão competente – no caso do Brasil, o Ministério da Agricultura, por meio de Secretaria especializada – está autorizado a outorgar, em favor do interessado, o que se denomina "certificado de proteção de cultivar", garantindo-lhe a possibilidade de reproduzir a planta por até 18 anos. Neste período, qualquer comercialização ou utilização da planta depende de autorização do titular do certificado.

Contudo, tal proteção sofre limitações pelo que se denomina "privilégio do agricultor", que faculta aos produtores rurais acesso ao vegetal protegido, desde que não haja exploração comercial.

Isso porque, a proteção da Lei de Proteção de Cultivares abarcaria apenas a venda, não proibindo a reprodução da planta, troca de sementes, doações, etc. Cabe ressaltar, todavia, nos termos delineados pelo STJ, que a tendência seguida desde 1991 é a de fortalecer a proteção do cultivar, diminuindo as exceções que favorecem os produtores.

Em que pese a tendência, a legislação em vigor no Brasil optou por expressamente conferir aos produtores os direitos previstos na Lei de Proteção de Cultivares, o que levaria ao acolhimento da tese dos produtores em detrimento dos argumentos da Monsanto.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que não pode ser ignorado o fato de que a Monsanto possui uma patente devidamente registrada para a tecnologia inserida nas sementes, o que impõe uma análise conjugada das normas de patente e de cultivares.

Abordando as duas normas, o STJ consignou que a Lei de Proteção de Cultivares determina expressamente, em seu art. 2º, que as variedades vegetais sejam reguladas ou protegidas exclusivamente por seus termos, de modo que somente suas diretrizes devem ser adotadas.

Já a Lei de Propriedade Industrial não conta com dispositivo similar, o que confere ampla proteção ao titular da patente.

Ademais, não haveria que se falar na aplicação dos dispositivos da Lei de Proteção de Cultivares porque sequer há notícia de que a tecnologia da Monsanto está protegida por meio de Certificado de Proteção de Cultivas, mas sim por patente.

Isso reforça o argumento de que patentes e proteção de cultivares são direitos distintos, com normas distintas, regulando fatos jurídicos distintos, de modo que os benefícios dos produtores na proteção de cultivares não se estendem às patentes.

Concluiu, assim, o Superior Tribunal de Justiça que o que a Monsanto possui não é um direito protegido pela Lei de Proteção de Cultivares, mas sim uma tecnologia patenteável referente à inserção do gene na semente de soja, de modo que a proteção que possuem é de natureza de patente.

A dificuldade do caso perpassa pela distinção do que está no âmbito de proteção de cada uma das normas: a Lei de Proteção de Cultivares objetiva proteger novas cultivares, ao passo que a Lei de Propriedade Industrial pretende defender processos e produtos biotecnológicos (microrganismos transgênicos). Assim, a patente não abarca a semente, mas sim o processo de inserção do gene, ao passo que a proteção de cultivares trata da reprodução de planta inteira.

Assim, não haveria incompatibilidade entre as duas regulações, tratando cada uma de uma parte do processo que envolve o desenvolvimento de tecnologias e as fases seguintes de sua comercialização. Nem faria sentido falar em incompatibilidade, visto que os tratados assinados pelo Brasil, como bem ressaltou o STJ, vedam que haja a dupla proteção a uma mesma variedade vegetal.

O Tribunal, ainda, para delimitar bem o objeto de regulação de cada um dos atos normativos, cuidou de destacar a diferença ente cultivares e microrganismos transgênicos, o que possui relevância no caso justamente para delimitar os âmbitos diversos de proteção.

Nos termos dos documentos técnicos desenvolvidos pelo Ministério da Agricultura no Brasil, cultivar é uma "variedade cultivada de planta, a qual se distingue por características fenotípica e que, quando multiplicada por via sexual ou assexual, mantém suas características distintivas"[9].

Já os microrganismos transgênicos são conceituados na Lei de Propriedade Industrial como aqueles que "mediante intervenção humana direta em sua composição genética, expressem características normalmente não alcançáveis pela espécie em condições naturais"[10].

Com tais considerações, foi possível julgar o caso em definitivo, aplicando o Direito mais adequado e coerente.

Via de regra, quando alguém adquire um produto patenteado no mercado, a exclusividade deixa de existir em relação àquela unidade, visto que a partir dali o adquirente pode vender a terceiros o objeto.

Nada obstante, conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, isto não ocorre nos casos em que após a aquisição do produto patenteado, a exclusividade tenha fim, isso não ocorre nos casos em que o produto é utilizado

---

[9] Acórdão referência a: (Torres, Antônio Carlos et al. Brasília: Embrapa Hortaliças, 2000)

[10] BRASIL. Lei 9.279/96. Art. 18, LPI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em 02/05/2021.

para multiplicação. É o que se depreende do art. 43, inciso VI, da Lei de Propriedade Industrial, que regula os casos em que o proprietário da tecnologia insere o produto no comércio.

Em outras palavras, o direito da Monsanto teria chegado ao fim quando as sementes foram vendidas aos produtores, eis que teria ocorrido a inserção no comércio pela própria detentora dos direitos de uso exclusivo. Contudo isso não acontece nos casos em que os produtores utilizam as sementes para reproduzir o próprio objeto adquirido, em razão da expressa previsão legal.

Privilegiou-se, assim, a patente da Monsanto, entendendo-se que os produtores não possuem direito à reprodução da semente de soja em razão de sua propriedade porque isso importaria em reprodução também do processo inventivo patenteado.

Em outras palavras, a proteção patentária alcança as sementes reproduzidas pelos produtores, o que determina que a Monsanto também tenha exclusividade no uso e comercialização de tais sementes, legitimando cobranças ulteriores pela reprodução desautorizada da tecnologia.

A modificação desse entendimento deveria perpassar por uma prévia alteração legislativa, não sendo a missão do Poder Judiciário instituir políticas públicas.

3. Da Análise Do Caso Da Monsanto

Expostos os principais pontos do julgamento que envolveu a disputa pelo uso da tecnologia da soja *Roundup Ready*, é possível fazer algumas considerações referentes ao objeto da análise deste estudo.

A dificuldade do julgamento, como visto, foi gerada pela especialização intelectual, que cria embaraços ao intérprete da norma jurídica – o qual, via de regra, não possui conhecimentos técnicos da matéria regulada – e favorece o surgimento de interpretações equivocadas da lei.

A falta de diálogo entre a norma jurídica e o fato jurídico regulado muitas vezes se apresenta até mesmo entre grupos que possuem alto conhecimento técnico da área. No caso da Monsanto, a interpretação inadequada da legislação brasileira foi feita justamente pelos produtores rurais, os quais estão, ou deveriam estar, habituados com os conceitos técnicos que envolvem os cultivares.

Isto porque, em última análise, cumpriu ao Superior Tribunal de Justiça, ao decidir quem estava respaldado pela legislação, definir se a Lei de Proteção de Cultivares era aplicável ao caso.

Para tanto, foi necessário primeiro entender qual era a situação fática que envolvia as partes (produtores tinham interesse em reproduzir a soja adquirida sem pagar qualquer contraprestação adicional à Monsanto – desenvolvedora da tecnologia), analisar os argumentos dos produtores (a Lei de Proteção de Cultivares autoriza ao produtor exclusividade na reprodução dos vegetais), compará-los com a tese da Monsanto (a existência de procedimento patenteado embutido na semente seria reproduzida de forma ilegal) para finalmente se chegar a uma conclusão.

Até mesmo aspectos de Direito Internacional Público, referentes a compromissos assumidos pelo Brasil foram utilizados para se alcançar uma conclusão mais adequada para a disputa entre produtores e a empresa Monsanto.

Justamente pela complexidade técnica que foi matéria de fundo no julgamento, o Tribunal não pode deixar de definir com precisão o objeto de regulação da Lei de Proteção de Cultivares e da Lei de Propriedade Industrial, destacando que não é possível, no Direito brasileiro, a existência de dupla proteção, em razão dos compromissos assumidos internacionalmente.

Concluiu-se, assim, pela prevalência da Lei de Propriedade Industrial, prestigiando-se a patente registrada pelo desenvolvedor, Monsanto, e autorizando-se a cobrança de royalties pela utilização ou reprodução da tecnologia presente nas sementes de soja *Roundup Ready*.

CONCLUSÃO

Como visto, ao registrar uma patente de uma invenção, o titular, de um lado, é beneficiado com a exclusividade no uso da tecnologia durante o período assegurado em lei. É este monopólio que incentiva empresas e cientistas a se dedicarem à pesquisa e, em última análise, contribui com o desenvolvimento mundial.

E é dever do Estado, no caso o Brasil, zelar para que a propriedade do inventor seja protegida contra tentativas de apropriação em qualquer nível, sob pena de desestímulo ao desenvolvimento, que pode causar danos graves à sociedade e à comunidade científica.

No caso da Monsanto, o Superior Tribunal de Justiça cumpriu seu papel institucional e, no caso concreto, optou por prestigiar a proteção conferida pela legislação brasileira em favor do registro da patente.

Esta postura sinaliza de forma clara que o Brasil está preocupado com os reflexos institucionais e econômicos das decisões tomadas por seus tribunais na busca pelo fortalecimento dos acordos comerciais internacionais.

Em maior ou menor grau, esta decisão demonstra que os investidores europeus possuem segurança jurídica para investir no Brasil sem receio de que as tecnologias transferidas possam de qualquer forma sofrer apropriação, ou mesmo que o Estado consinta ou facilite a utilização indevida por quem quer que seja.

A legislação brasileira, em outras palavras, está perfeitamente alinhada com os parâmetros internacionais de proteção à propriedade industrial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.279/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em 02/05/2021.

BRASIL. Lei n. 9.456/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9456.htm. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1610728/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 14/10/2019.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. Litigios entre empresario y trabajador sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos. Santiago de Compostela: Universidade da Coruña, 1999.

HUME, David: *Uma Investigação Sobre os Princípios da Moral*. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. El derecho aplicable a la protección in- ternacional de las patentes. Granada: Comares, 1998.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

LEE, Peter. *Patent Law and the Two Cultures,* 2010. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/906_h4mx5p7w.pdf>.

PLANT, Arnold: *The Economic Theory Concerning Patents of Inventions*. Disponível em: <http://emilkirkegaard.dk/en/wp-content/uploads/The-Economic-Theory-Concerning-Patents-for-Inventions.pdf>

PRUD'HOMME, Dan. IP-Conditioned Government Incentives in China and the EU: A Comparative Analysis of Strategies and Impacts on Patent Quality in PRUD'HOMME, Dan; SONG, Hefa. Economic Impacts of Intellectual Property-Conditioned Government Incentives, 2016. Disponível em: < http://link.springer.com/book/10.1007%2F978-981-10-1119-1>.

SNOW, Charles Percy. The Two Cultures and The Scientific Revolution, 1959. Disponível em: http://sciencepolicy.colorado.edu/students/envs_5110/snow_1959.pdf.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Centrafarm BV; Adriaan de Peijper vs. Sterling Drug Inc. Caso 15/74. Setença, 31 de outubro de 1974. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0015&from=FR>.

BRASIL, PAÍS EM DESENVOLVIMENTO?
Desafios frente à OCDE e OMC

Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
São Luís, Ma – Brasil
monica.teresa@ufma.br

Raimundo Plácido Freire Neto
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
São Luís, Ma – Brasil
placido.raimundo@discente.ufma.br

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar as questões bilaterais comerciais entre o Brasil e Estados Unidos, no período que abrange o final da Guerra Fria até a recente exclusão, pelos Estados Unidos, do *status* de país em desenvolvimento (PED) que era atribuído ao Brasil. Ao se atribuir ao Brasil o status de país desenvolvido (PD), este perde parcela do tratamento diferenciado estabelecido pela Organização Mundial do Comércio (OMC), o que pode prejudicar questões relacionadas a prazos e isenções em tarifas de exportações. Neste sentido, o trabalho pretende analisar os mecanismos de funcionamento do comércio internacional e os acordos bilaterais entre os dois países, através de análise de bibliografia sobre questões comerciais envolvendo Brasil-Estados Unidos, bem como a viabilidade da entrada do Brasil na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), apontando a política de austeridade que beneficiará somente o mercado financeiro internacional, interferindo diretamente na política interna brasileira, o que pode ser uma ameaça à soberania.

Palavras chave: Comércio Internacional. Brasil. Estados Unidos. OCDE.

Abstract:
This article aims to analyze bilateral trade issues between Brazil and the United States, in the period that covers the end of the Cold War until the recent exclusion, by the United States, of the status of developing country (PED) that was attributed to Brazil. When Brazil is granted the status of a developed country (PD), it loses part of the differentiated treatment established by the World Trade Organization (WTO), which can harm issues related to deadlines and unilateral tariff exemptions in exports. In this case, the work intends to analyze the mechanisms of operation of international trade and the bilateral agreements between the two countries, through a critical analysis of the bibliography on trade issues involving Brazil-United States, as well as the feasibility of Brazil's entry into the Organization for the Cooperation and Economic Development

(OECD), pointing out the austerity policy that will only benefit the international financial market, directly interfering in Brazilian domestic policy, which can be a threat to sovereignty. The work is based on bibliographic and documentary research.

Keywords: International Trade. Brazil. United States. OECD.

Introdução

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos desempenham um papel importante nas Relações Internacionais e no Direito Internacional, tendo em vista que o país fortaleceu a sua hegemonia perante outros Estados. É inegável o seu papel na construção de políticas voltadas não só ao comércio, como na política externa e interna de diversos países, principalmente dos considerados em desenvolvimento (PED), como é o exemplo do Brasil, que é o terceiro país em extensão territorial nas Américas, ficando atrás apenas do Canadá e Estados Unidos. A relação do Brasil-Estados lida com desafios e oportunidades com o passar dos anos e, apesar de toda diferença, os países matem um vínculo forte e atuam com acordos bilaterais.

Com o processo de globalização constate, o comércio internacional ganha mais força e instituições como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem sido cada vez mais acionadas pelos seus membros e tido mais participação nas políticas que lhes pertence. Partindo desse pressuposto, este artigo discorrerá sobre um assunto que ganhou manchetes jornalísticas e pesquisas de especialistas em comércio internacional, tal seja a perda do status do Brasil de país em desenvolvimento retirado pelos Estados Unidos junto à OMC, e a possível entrada do Brasil na OCDE.

Na primeira sessão abordaremos a relação bilateral entre o Brasil e os Estados Unidos no pós-Segunda Guerra Mundial, discorrendo sobre o contexto histórico e diplomático que ambos os países possuem, além de explorar a política externa e comercial, comparando dados entre as nações trazendo informações atualizadas entre os acordos Brasil-Estados Unidos.

Na segunda sessão, faremos um aporte do GATT à OMC, onde abordaremos a perda do status do Brasil de país em desenvolvimento retirado pelos Estados Unidos, fazendo uma contextualização do Brasil junto à

Organização Mundial do Comércio (OMC), e quais são os benefícios de um país considerado em desenvolvimento dentro da organização.

Na terceira sessão, abordaremos sobre o papel da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), mostrando seu contexto histórico, e abordando as principais atuações do Brasil dentro da organização desde o ano de 1990, quando começou a participar efetivamente das reuniões e acordos, além de discorrer sobre a possível entrada do Brasil na OCDE, tendo como objetivo mostrar as desvantagens e vantagens do Brasil ser membro efetivo da organização neste momento.

1. Relação Brasil-Estados Unidos

Diante do aumento do processo de globalização, o comércio internacional sempre foi um importante mecanismo de desenvolvimento para população mundial e um dos mais antigos elos entre os Estados, um exemplo clássico desse mecanismo é a relação bilateral entre o Brasil e Estados Unidos (SOUSA, 2011). Comercializando serviços e mercadorias dentro e fora do território de um país ou entre países, a integração entre as economias globais, a partir da intensificação do processo de globalização, fez-se originar maior cooperação entre as economias nacionais, tendo como consequência um notável processo de desenvolvimento contínuo dos países. Para Thorstensen (1998, p. 60)

> O processo de globalização tem resultado em um aprofundamento da especialização internacional e na interpenetração das economias nacionais. Isto significa que os interesses econômicos das nações passaram a se interpenetrar, de modo a tornar sem significado a tradicional distinção entre instrumentos de política econômica doméstica e instrumentos de política econômica internacional.

No pós-Segunda Guerra Mundial, o Brasil, manteve-se integrado ao bloco capitalista, tendo em vista que essa seria a melhor maneira de conseguir da potência hegemônica o apoio para política de desenvolvimento. Entretanto, os Estados Unidos, não tinham interesse e nem auxiliaram o Brasil ou qualquer outro país da América no processo de desenvolvimento econômico; a sua prioridade era a reconstrução política e física dos países europeus. Em termos, os países da América Latina nada mais obtinham que mínimo auxílio econômico e logística militar para combater o comunismo, além de preservar a preeminência

americana na região. (SAUTO, 2001, p 58). Neste sentindo, Souto Maior cita (2001, p. 56):

> Para o Brasil, como para outros países periféricos, porém, o desenvolvimento econômico passara a ser um tema da mais alta prioridade. Assim, a relação entre ideologia e desenvolvimento e a importância relativa atribuída à primeira ou ao segundo tornaram-se, no contexto da Guerra Fria, questões maiores da nossa política interna e externa. Terminado o conflito armado, o Brasil se manteve firmemente alinhado com os Estados Unidos, numa política de bloco que, em parte, era a sequência natural da orientação adotada ainda antes do conflito, mas que refletia também a convicção de que esta seria a melhor maneira de conseguir da potência hegemônica o apoio necessário ao desenvolvimento do país. Conseguir o apoio externo ao seu projeto de desenvolvimento – pela remoção dos obstáculos existentes ou pela mobilização dos recursos necessários – passara a ser uma preocupação central da nossa política internacional.

O Brasil tinha como meta o de desenvolvimento econômico, mas as diferenças entre as prioridades dos Estados Unidos e do Brasil no que tange as políticas externas, começaram a insuflar conflitos entre dois grupos: os nacionalistas, que na compreensão de Gilpin (2002) defendiam que o desenvolvimento deveria partir com base no mercado interno, propagando o desenvolvimento industrial e restringindo capital estrangeiro, pois acreditavam que onde o livre comércio predominava os países com as indústrias mais avançadas tendem a ser mais favorecidos economicamente do que países menos desenvolvidos industrialmente, além de perpetuar críticas aos conservadores que podem ser resumida em três grandes categorias: 1) as implicações do livre comércio para o desenvolvimento econômico e a divisão internacional do trabalho; 2) os ganhos relativos e não absolutos (os efeitos distributivos do livre comércio); e 3) o efeito sobre a autonomia nacional e o impacto sobre o bem-estar interno do país, em suma, uma tendência que se identificava fortemente com o socialismo (BLACKHURST; MARIAN; TUMLIR, 1977, p. 29-42).

Por sua vez, os conservadores, que já conheciam e defendiam o liberalismo e o livre comércio, com base nas teorias do filósofo Adam Smith, asseguravam que a ideologia liberal seria a melhor escolha. Os conservadores acreditavam que não havia forma mais eficaz de desenvolvimento econômico nacional se não tivessem acordos bilaterais e participação na política comercial externa. Em defesa, os conservadores apoiavam o livre comércio e achavam que era a melhor maneira de obter sucesso na política econômica, pois a divisão internacional e a especialização do trabalho produziam resultados significativos,

aumentando a produtividade do indivíduo, o que resulta em acumulação de riquezas em nível nacional quanto global (CERVO, 1997, p. 17). Tal busca da vantagem individual alinha-se consideravelmente com o bem universal conjunto.

Com o apoio declarado do então presidente Getúlio Vargas e seu discurso diplomático e desenvolvimentista, a política externa do Brasil se volta para a necessidade de buscar uma melhor relação com países ricos, em especial os Estados Unidos (ALMEIDA, 1999, p. 267). Partindo do mesmo pensamento de Almeida (1999), Hilton (2017, p. 110), sobre a aproximação do Brasil- Estados Unidos discorre que:

> O Brasil, sob a orientação do benevolente ditador Getúlio Vargas, se colocou solidamente ao lado do bloco anti-Eixo; permitiu que os Estados Unidos construíssem bases aéreas no saliente Nordeste do país e organizassem uma ponte aérea daquela região para a África e Oriente Médio; colaborou no patrulhamento aéreo e naval do Atlântico Sul; forneceu materiais estratégicos e, finalmente, enviou uma força expedicionária à Europa. Washington em contrapartida, concedeu empréstimos e assistência técnica para a usina siderúrgica de Volta Redonda, deu ao Brasil substancial assistência pelo sistema de lend-lease (3/4 do total concedido à América Latina), equipou e transportou a Força Expedicionária e apoiou, pela via diplomática, a bem sucedida pretensão brasileira de conseguir assento no Conselho de Segurança da recém-criada Organização das Nações Unidas.

Em meados da década de 1970, o nacionalismo econômico passou a predominar e a liberalização do comércio começou a ter força no Brasil. Neste sentido, a política econômica e externa do Brasil oscilava entre os dois grupos, nacionalistas e conservadores; porém, os nacionalistas tiveram mais ênfase e poder até o final dos anos 1980, e mesmo que os Estados Unidos e o Brasil tivessem interesses diversos, os dois países conseguiram manter uma boa relação.

No início dos anos 1990, se estabelece uma nova perspectiva de política externa no Brasil, um período transcendente de cooperação com outros países, tais como China, Rússia e Índia, além do fortalecimento com os Estados Unidos, devido a aproximação do então eleito presidente Bill Clinton (1997-2001). Partindo da premissa de exaltação em defesa da democracia e da economia de mercado, o sucesso do Plano Real e a implantação da liberalidade comercial na década de 1990, aumentou o fluxo comercial entre os dois países como vemos na tabela a seguir:

Tabela 1. Brasil – Fluxos Comerciais
(Em US$ bilhões)

Exportações por destino			Importação por origem	
Ano	Mundo	Estados Unidos	Mundo	Estados Unidos
1989	34,38	8,05	19,88	4,19
1991	31,62	6,39	22,95	5,40
1993	38,60	8,03	27,74	6,20
1994	43,56	8,97	36,00	6,80
1995	46,51	8,80	53,78	10,45
1996	47,76	9,31	56,95	13,02

Fonte: *Direction of Trade Statistics Yearbook*, 1997. Elaboração própria

Em 1995, o presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 - 2005), consegue reconquistar a confiança internacional em âmbitos econômicos, financeiros e de segurança internacional. Esse jogo diplomático aproximou o Brasil cada vez mais de Washington, desenvolvendo um relacionamento amistoso e se adaptando ao regimento neoliberal dominante nos Estados Unidos (HIRST, 2009, p. 55-57). Entretanto, de modo geral, a relação entre o Brasil-Estados Unidos também possui algumas divergências no âmbito da política externa e comercial, como cita Hirst (2009, p.69-71) em quatros dimensões:

> A primeira dimensão refere-se à presença dos Estados Unidos na atividade econômica do país por meio de investimentos direto. Os resultados da política de ajuste brasileira determinavam as percepções e expectativas do governo dos Estados Unidos, do seu empresariado, e das instituições financeiras baseadas em Washington. A gradual adesão do Brasil às políticas econômicas liberais converteu-se, ao longo dos anos de 1990, numa fonte de constante crítica e questionamento nos Estados Unidos. A segunda dimensão refere-se no âmbito das transações comerciais, faceta presente no vínculo bilateral ao longo de todo século XX, frustrando as expectativas dos Estados Unidos. A terceira dimensão diz respeito ao comércio internacional e ao novo espaço ocupado no multilateralismo, a partir da criação, em 1995, da Organização Mundial do Comércio (OMC), em muitas ocasiões "desbilateralizou" as pendencias que passaram a ser resolvidas na OMC – atendendo ao conjunto de normas e procedimentos aos quais os dois países aceitaram estar subordinados. A quarta dimensão extrapola o campo dos laços bilaterais, envolveu a agenda regional nos

anos de 1995-2005. Este foi um tortuoso e frustrado processo de negociador que via a criação da área de uma área de livre comércio das Américas (ALCA).

Partindo desse pressuposto, Hirst (2009, p. 57-66) expõe os principais eventos da relação bilateral entre os Estados Unidos e o Brasil pós-Segunda Guerra Mundial até o ano de 2001 visto na tabela a seguir:

Tabela 2.

Ano	Acontecimento
1945	Fevereiro: O secretário de Estado dos Estados Unidos Edward Stettinius visita o Brasil
1946	Agosto: O general norte-americano Dwight Eisenhower visita o Brasil
1947	Agosto: O presidente dos Estados Unidos Harry Truman visita o Brasil, e as duas nações, com outros países latino-americanos, assim o tratado interamericanos de assistência recíproca (Tiar), no Rio de Janeiro
1948	Abril: O Brasil assina a carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Bogotá
1949	Maio: O presidente brasileiro Eurico Dutra visita os Estados Unidos
1950	Dezembro: É criada uma comissão conjunta de desenvolvimento econômico Brasil-Estados Unidos
1951	Dezembro: O Brasil negocia com os Estados Unidos a oferta de manganês, urânio e areia monazítica
1952	Março: O Brasil e os Estados Unidos

	assinam um Tratado de Assistência Militar Julho: O secretário de Estado dos Estados Unidos Dean Acherson visita o Brasil
1955	Agosto: O Brasil e os Estados Unidos assinam um Acordo de Cooperação, regulamentando o uso da energia atônica
1957	Janeiro: O Brasil assina um acordo com os Estados Unidos permitindo a instalação de uma base de observação de misseis em Fernando de Noronha
1958	Agosto: O secretário de Estado dos Estados Unidos John Foster Dulles visita o Brasil
1960	Fevereiro: O presidente dos Estados unidos Dwight Eisenhower visita o Brasil
1962	Dezembro: O ministro da Justiça dos Estados Unidos Robert Kennedy visita o Brasil para discutir indenizações a empresas norte-americanas no Rio Grande do Sul
1963	Março: O ministro brasileiro da Agricultura San Tiago Dantas visita os Estados Unidos
1965	Abril: O Brasil participa da Força de Paz Interamericana na República Dominicana sob o comando do general brasileiro Hugo Panasco Alvim
1967	Fevereiro: O presidente brasileiro Artur da Costa e Silva visita os Estados Unidos
1971	Dezembro: O presidente brasileiro Emílio Garrastazu Médici visita os Estados Unidos
1972	Setembro: O Brasil e os Estados Unidos assinam um acordo para a construção de uma usina nuclear em Angra dos Reis no

	estado do Rio de Janeiro
1976	Fevereiro: o Brasil e os Estados Unidos assinam um memorando de entendimento
1977	Fevereiro: O subsecretário de Estado dos Estados Unidos Waren Chistopher visita o Brasil para discutir a política norte-americana de não proliferação de armas nucleares Março: O acordo Militar Brasil-Estados unidos de 1952 é anunciado
1982	Maio: O presidente brasileiro João Baptista Figueiredo visita os Estados Unidos Dezembro: O presidente dos Estados Unidos Ronald Reagan visita o Brasil
1983	Outubro: O Brasil condena a intervenção dos Estados Unidos na ilha de Granada nas Antilhas
1984	Fevereiro: O secretário de Estado dos Estados Unidos George Schultz visita o Brasil e assina um Acordo para a Cooperação Militar e industrial entre os dois países
1986	Setembro: O presidente José Sarney visita os Estados Unidos
1990	Setembro: O presidente Fernando Collor de Mello visita os Estados Unidos Dezembro: O presidente dos Estados Unidos George Bush visita o Brasil
1994	Dezembro: O Brasil participa da I Cúpula das Américas, em Miami
1995	Abril: O presidente Fernando Henrique

	Cardoso visita os Estados Unidos
1997	Outubro: O presidente Bill Clinton visita o Brasil
1998	Abril: O Brasil participa da II Cúpula das Américas, em Santiago do Chile Junho: O presidente Fernando Henrique Cardoso visita os Estados Unidos e anuncia a criação do Secretariado Nacional Antidrogas
1999	Maio: O presidente Fernando Henrique Cardoso visita os Estados Unidos
2000	Março: O ministro das Relações Exteriores Luiz Felipe Lampreia visita Washington e encontra a secretária de Estado Madeleine Albright, o secretário de comércio William Dale e a representante comercial Charlene Barschefsky, para discutir as relações Brasil-Estados Unidos
2001	Março: O presidente Fernando Henrique Cardoso visita Washington para aprofundar as discussões sobre as relações bilaterais e os assuntos regionais Abril: O Brasil participa da III Cúpula das Américas, em Québec Setembro: O Brasil participa da sessão extraordinária do Conselho Permanente da OEA, com todos os membros, em apoio dos ataques terroristas de 11 de setembro
2002	Abril: O ministro das relações exteriores Celso Lafer encontra-se com o representante Robert Zoellick, em Washington, para discutir questões comerciais bilaterais e regionais

	Agosto: O Brasil e os Estados Unidos assinaram um memorando de entendimento para a redução e a ação preventiva contra o narcotráfico Novembro: VII Reunião Ministerial da Alca, em Quito. O Brasil e os Estados Unidos assumem a copresidência das negociações até 2005 Dezembro: O presidente eleito Luiz Inácio Lula da Silva visita Washington para seu primeiro encontro com o presidente George W. Bush

Fonte: Brasil- Estados Unidos: desencontros e afinidades, 2009. Elaboração própria

Diante do exporto, é inegável a influência que os Estados Unidos possuem na construção da política econômica externa e, em especial, a brasileira, além de sua interferência no comércio exterior. Desde a criação do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) em 1948, até o surgimento da OMC (Organização Mundial do Comércio) em 1995, os Estados Unidos, possuem grande protagonismo no sistema multilateral de comércio, principalmente depois dos ataques de 11 de setembro, onde as escalas comerciais foram acompanhadas por diversas tensões intergovernamentais devido ao seu comportamento protecionista em busca de sua defesa política e econômica (MATTHEWS, 2001, p. 6). E é a partir desta informação que iremos discorrer no tópico seguinte sobre a perda de status de países em desenvolvimento (PED) na OMC, atribuída ao Brasil por uma decisão dos Estados Unidos, e quais os impactos que essa perda pode gerar ao Brasil.

2. Brasil, um país desenvolvido?

A década de 1930 foi traumática no cenário político e econômico entre os países, exceto para Inglaterra que nessa época ainda era a maior potência mundial e a fortaleza do livre comércio. A proliferação do protecionismo afetou negativamente o comércio internacional (KINDLEBERGER, 1987), visto que atrapalhou de forma significativa a recuperação dos países que enfrentavam no começo da década uma crise recessiva devido a grande depressão. Conforme aponta a CEPAL:

> El proteccionismo fue la práctica predominante em los países continentales de Europa, en Estados Unidos, en los territorios autónomos del Imperio Británico que conservaron su autonomía (Canadá y Australia) y en muchos países latinoamericanos. Con toda razón, Bairoch (1993) ha argumentado que ese período, el crecimiento económico fue el motor de la expansión del comercio internacional, y no a la inversa. Por lo tanto, la idea de que el libre comercio fue el gran propulsor del crecimiento económico mundial entre mediados del siglo XIX y la primera guerra mundial es uno de los grandes mitos de la história (CEPAL, 2002, p. 30).

Criado em 1948, o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) foi o instrumento para negociações comerciais no período pós-guerra e grande depressão. Seu objetivo fundamental era que o comércio fosse mais justo e livre, com eliminações de barreiras tarifarias e reduções de tarifas (ZANETTI, 2011), tal ordem traria benefícios para todos os países que abrissem as suas fronteiras para o livre comércio, como também beneficiaria países que fossem parceiros comerciais da política liberal. Após várias negociações no contexto do GATT, diversas consequências são notadas e podemos destacar a redução das barreiras tarifárias e um crescimento do comércio internacional. Devido a essas sucessivas negociações, os países industrializados tiveram um crescimento anual de 8% entre 1950 e 1975, e 4% de aumento do produto interno bruto (CLINE, 1982, p. 5); entretanto, havia vários entraves e desafios nesse acordo. Segundo Almeida (2004), as rodadas beneficiavam os países mais ricos, visto que nas negociações, os países mais desenvolvidos conseguiam diminuição de tarifas no comércio de produtos manufaturados.

Zanetti (2011) cita que países mais pobres sofriam com os altos preços das tarifas alfandegarias do setor agrícola, o que prejudicavam o seu desenvolvimento durante a vigência das cláusulas de Nação Mais Favorecida e a de Não Discriminação. "Atualmente, a Cláusula da Nação Mais Favorecida e o Tratamento Nacional (artigos I e III do GATT), como base para não discriminação, constituem regras basilares na busca por um comércio justo e distribuído" (SALDANHA, 2012, p. 20). O setor agrícola é historicamente o mais afetado e um dos mais controversos no GATT/OMC. Esse é um dos maiores problemas que os países em desenvolvimento enfrentam, visto que a maior parte da população vive da agricultura e mora em áreas ruais; não obstante, é do setor agrícola que os países em desenvolvimento mais necessitam para gerar lucros, pois não são industrializados e dependem das exportações de *commodities* para o desenvolvimento interno.

Partindo desse pressuposto, várias foram as rodadas de negociações até a rodada Uruguai (1994), uma das mais importantes e ambiciosas já existente, que teve como um dos principais pontos a criação da OMC, e consequentemente a substituição do GATT por uma organização permanente, além de debater o fortalecimento de regras do GATT como: subsídios, licenças de importação, antidumping (ZANETTI, 2011, p 60-62). Vale destacar também que na rodada Uruguai foram incluídos 97 acordos de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento no qual dividiu em quatro tipos:

> a) as disposições que solicitam os membros da OMC salvaguardar o interesse dos países em desenvolvimento mediante os acordos comerciais favoráveis aos países em desenvolvimento; b) as disposições para aumentar as oportunidades comerciais através de um maior acesso a terceiros mercados; c) as disposições que permitem a flexibilidade dos países em desenvolvimento no cumprimento das regras e disciplinas que regulam os fluxos comerciais e d) as disposições que permitem maiores períodos de transição para cumprir a normativa OMC (SANTOS, 2003, p. 25).

A OMC tem cooperação com diversas organizações que possuem políticas voltadas para economia mundial: BIRD, FMI e organismos conexos. Porém, a OMC, assim como foi o GATT, possui aspectos que são insuficientes do ponto de vista dos países em desenvolvimento, em especial o Brasil, que defende a necessidade do prosseguimento das negociações comerciais com proposito de cessar os problemas do sistema de comércio internacional (HENRIQUE, 2008). Países como os Estados Unidos se beneficiam de medidas permitidas pela OMC, tais como: medidas compensatórias, medidas de salvaguarda, *antidumping*, entre outras, o que acaba prejudicando países em desenvolvimento.

Para Di Sena Júnior (2003, p. 73), "os países desenvolvidos procuram novas alternativas para defender a indústria doméstica e dar vazão às pressões exercidas por grupos internos que buscam compensar a falta de competitividade internacional com barreiras comerciais disfarçadas". O comércio internacional é um dos principais vetores para o desenvolvimento de uma nação e privações a países em desenvolvimento geram impactos significativos na população, visto que o desenvolvimento tem como o principal objetivo o bem-estar e liberdade do ser humano (SEN, 2010). Há de se considerar, entretanto, que a insuficiente regulamentação da OMC afeta diretamente o sistema multilateral do comércio internacional; não obstante, vale ressaltar que a OMC mesmo que com uma regulação falha, vem trabalhado para tentar solucionar esses impasses.

O atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, publicou, no dia 24 de fevereiro de 2020, uma nota na qual retira o Brasil e outros 24 Estados, incluindo a Argentina e China, da lista de países em com status de País em Desenvolvimento (PED), o que acarretará perdas de privilégios junto à Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste documento, os EUA alegam que a perda do status PDE, decorre pelo fato dos países não se adequarem mais a sessão 771 (36) da Lei Tarifária de 1930 (FEDERAL REGISTER, 2020):

> De acordo com a sessão 771 (36) da Lei Tarifária de 1930, alterada (a Lei), 19 USC 1677 (36), o Congresso delegou representantes Comercial dos EUA a responsabilidade de designar os Membros da OMC cujas importações estão sujeitas a esses limites especiais. Além disso, a seção 771 (36) (D) exige que o representante de Comércio dos EUA publique uma lista de designações, atualizadas conforme necessárias no Registro Federal.

Na prática, a retirada do status PED do Brasil e de outros países tem como consequência a perda de alguns privilégios, tais como: flexibilidades, normas, prazos e pagamentos parcelados. Com a posição do Brasil na economia mundial, torna-se insustentável classificá-lo como PED, devido ao seu grande poder econômico e elevado PIB; é inegável que diante as circunstâncias, o Brasil já não seja mais um país em desenvolvimento junto à OMC, por mais que haja problemas sociais, comparados a países mais pobres. Desde 29 de maio de 2017, o Brasil, formalizou o pedido de entrada na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), tendo como obrigação diversos compromissos a serem cumpridos para que seja aceito na organização (THORSTENSEN, GULLO, 2018, p. 4), e um desses compromissos foi a abdicação do tratamento PED junto a Organização Mundial do Comércio (OMC), como discorremos nesta sessão. Visto o pressuposto, no tópico a seguir iremos abordar diversos contextos sobre a possível entrada do Brasil na OCDE e quais os impactos positivos e negativos o Brasil terá caso seja aceito na organização.

3. O BRASIL NA OCDE, O QUE ESTÁ POR VIR?

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), surge com o intuito de recuperação da Europa pós-Segunda Guerra Mundial, onde Marshall propôs ajuda econômica em dólares aos países europeus (MARSHALL, 1947, p. 257), e como resultado dessa ajuda dos Estados Unidos à Europa, foi criado o Comitê Europeu de Cooperação Econômica- (*CEEC* sigla

em inglês), no qual se tornou responsável em gerenciar os planos de recuperação dos países da Europa (WOLFE, 2008, p.25). A OCDE é considerada hoje uma das instituições mais poderosas criadas depois da Segunda Guerra Mundial.

Neste contexto, a organização começa atuar em diversas áreas, além da economia e causas sociais, tais como: agricultura, anticorrupção, educação, previdências privadas, pequenas e médias empresas, meio ambiente, causas sociais, entre outros (THORSTENSEN; GULLO, 2018, p. 7). A OCDE é uma instituição internacional, e vale destacar que países não membros e sociedade civil, além de outras instituições como ONU e OIT, também participam da organização na condição de parceiros.

O Brasil começou se aproximar da organização em 1990, quando foi inserido no Comitê de Aço como país associado e lentamente passou integrar diversos comitês das instituições, sendo ouvinte e acompanhando inúmeras discussões de assuntos diversos. No ano de 1994, o Brasil, foi convidado a se tornar membro do comitê de desenvolvimento da organização, onde começou a ter mais visibilidade dentro dela, sendo convidado a participar de reuniões e ministeriais e com um programa específico para o país (THORSTENSEN; GULLO, 2018, p. 19). Segundo dados da OCDE (2018, p. 6):

> A cooperação entre o Brasil e a OCDE data do início da década de 1990, quando a OCDE começou a trabalhar com quatro países latinos americanos (incluindo também Argentina, Chile e México). O Brasil juntou-se ao seu primeiro Comitê da OECD, o Comitê do Aço, em 1996 e tornou-se membro do Centro de Desenvolvimento em 1997. Desde então, a cooperação tem crescido constantemente, e o Brasil é hoje o Parceiro Chave mais engajado da Organização.

No ano 2000, o Brasil, teve um grande avanço junto à organização, ao assinar a Convenção de Combate à Corrupção de Autoridade Estrangeira promulgada pela pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2000, s.p). Em 2003, a partir da Portaria de nº 92 do Ministério da Fazenda do Brasil, foi instituído o Ponto de Contato Nacional (PCN), instrumento no qual o Brasil deveria seguir as existências do *Guindelines* da OCDE. "O PCN são recomendações dirigidas por governos a empresas multinacionais que operam em ou de países que aderiram a essas diretrizes" (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019, s.p).

Em 2007, o Brasil foi convidado para fortalecer o seu engajamento junto a OCDE, ganhando mais confiança na organização e se tornando peça chave, sendo considerado em 2013 o Vice-Presidente do Programa Internacional

de Avaliação de Estudantes – PISA. E por fim, no ano de 2015, o Brasil acenou pela primeira vez a sua vontade de fazer parte da OCDE, celebrando o Acordo de Cooperação com a organização e a Declaração Conjunta sobre o Programa de Trabalho Brasil –OCDE 2016-2017, alinhando-se as diretrizes impostas pela OCDE (SOUZA, 2018, p. 2).

Em 2015, o Brasil assina o acordo de cooperação, dando suporto ao Brasil para que desse inicio a reformas de políticas públicas internas, tendo como principais resultados de cooperação entre os anos de 2016-17 nas seguintes áreas conforme o relatório da OCDE (2018, p.9):

> Educação: Como Vice-Presidente do Programa da OCDE para Avaliação Internacional de Estudantes (PISA), o Brasil recebeu a 42ª reunião do Conselho de Administração do PISA em Brasília, em outubro de 2016. Em agosto de 2016, o Brasil aceitou o convite para participar do próximo ciclo da Pesquisa Internacional da OCDE sobre Ensino e Aprendizagem (TALIS) e se tornou um participante de seu Conselho de Administração. Atualmente, a OCDE está realizando uma revisão de Garantia da Qualidade do Sistema de Ensino Superior do Brasil. Auditoria Interna: A forte cooperação da OCDE com o Tribunal de Contas da União (TCU) resultou em duas importantes publicações: Parceiros para uma Boa Governança: Supervisão, Conhecimento e Prevenção de Instituições de Auditoria Superiores (setembro de 2016) e Tribunal de Contas da União: Supervisão e Prevenção por uma melhor Governança (agosto de 2017). Um novo projeto de três anos foi assinado em dezembro de 2017 para aprofundar ainda mais esta cooperação. Ciência e Tecnologia: Com base na intensa cooperação nesta área, o Brasil se juntou e participa ativamente do Grupo de Peritos SPDE / MADE sobre Melhorar a Base de Evidências para a Segurança Digital e a Política de Riscos de Privacidade. O Programa permitiu ao Brasil compreender melhor projetos específicos da OCDE em áreas importantes: l Comércio internacional: O relatório O Papel dos Serviços no Desempenho Econômico do Brasil (outubro de 2016) analisa a importância do setor de serviços na economia brasileira e sublinha a importância de racionalizar quadros regulatórios Programa Conjunto de Trabalho 2016-17 Principais resultados setoriais para incentivar a entrada de empresas estrangeiras e assim a concorrência com o exterior. O relatório Facilitação de Comércio no Brasil: Análise e Opções de Políticas Públicas (a ser lançado em 2018) apresenta atual estado da facilitação do comércio no Brasil, com base nos resultados de uma pesquisa entre uma ampla gama de atores do setor privado e do governo envolvidos no comércio exterior brasileiro. Tributação: Refletindo a participação ativa do Brasil no projeto BEPS, o país realizou um Seminário de quatro dias sobre Preços de Transferência em Brasília, em junho de 2017, com a participação de altos funcionários da Receita Federal e da OCDE. Um programa de trabalho específico nesta área está sendo implementado em 2018. O Programa serviu ainda para expandir a

> parceria para novas áreas: Turismo: O Brasil está integrado no relatório da OCDE Tendencias e politicas do Turismo 2016, que contem uma nota específica sobre o Brasil. l PMEs: O Brasil também está totalmente integrado ao relatório de Financiamento de PMEs e Emprendedores 2017, que contem uma nota específica sobre o Brasil. Reforma da Previdencia: Em apoio às prioridades de reforma do governo, a OCDE produziu uma Análise sobre a Reforma da Previdência do Brasil examinando o atual sistema do país e a proposta de reforma do governo em discussão no Congresso.

Em abril de 2017, o Brasil mostrou interesse em ingressar como membro permanente da OCDE e, desde que o Brasil mostrou sua veemência em entrar na OCDE, o país teve de fazer diversas concessões ao governo dos Estados Unidos, tais como isenção de visto para americanos e renunciar o tratamento de PED junto à OMC como fora exposto no tópico anterior. Segundo a OECD (OECD, [s.d; s.p.]):

> O Brasil é um Parceiro-Chave da OCDE, com quem a OCDE mantem uma cooperação desde início dos anos 1990. O Conselho Ministerial da OECD adotou em 16 de maio de 2007 uma resolução fortalecendo a cooperação com o Brasil, assim como com a China, Índia, Indonésia e África do Sul, através de um programa de maior engajamento, definindo estes países como "Parceiros-Chaves" da OCDE. Como um Parceiro-Chave, o Brasil tem a possibilidade de participar dos diferentes órgãos da OCDE, aderir aos instrumentos legais da OCDE, se integrar aos informes estatísticos e revisões por pares de setores específicos da OCDE, e tem sido convidado a participar de todas as reuniões Ministeriais da OCDE desde 1999. O Brasil contribui para o trabalho dos Comitês da OCDE e participa em pé de igualdade com os países membros da OCDE em diversos órgãos e projetos importantes da Organização.

Visto o exposto, diversos são os envolvimentos do Brasil junto à OCDE desde 1990 e, a organização vem mostrando cada vez mais interesse em ter países em desenvolvimento como membro permanente. A OCDE é conhecida por defender a democracia e realizar estudos para auxiliar países membros a se desenvolverem, e apesar de vários países em desenvolvimento já serem membros permanentes, na América Latina apenas o México e Chile fazem parte. Contudo, tornar-se membro da OCDE é assumir diversos compromissos e ter maior envolvimento em seus diversos órgãos. Segundo dados da OECD, o Brasil já tem participação em 23 dos seus 40 comitês, no qual listamos abaixo (OECD, 2018, p.6-58):

Tabela 3.

Com status de Associado
Agência Internacional de Energia (país Associado)
Conselho de Administração do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA)
Organismos relacionados com o MAD [Reunião Conjunta do Comitê de Produtos Químicos e do Grupo de Trabalho sobre Produtos Químicos. Pesticidas e Biotecnologia]
Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais
Conselho de Administração do Centro de Desenvolvimento
Reunião do Comitê de Investimento em sessão alargada para o trabalho relacionado à Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais e Instrumentos Relacionados
Grupo de Trabalho sobre Corrupção em Transações Comerciais Internacionais (WGB)
Comitê do Aço
Com status de Participante
Comitê de Governança Corporativa e seu Grupo de Trabalho sobre Empresas Estatais e práticas de privatização
Comitê de Assuntos Fiscais
Pesquisa Internacional sobre Ensino e Aprendizagem (TALIS)
Força Tarefa sobre os Códigos de Liberalização
Grupo de Trabalho sobre Estatísticas Financeiras (WPFS)
Grupo de Trabalho sobre Segurança de Produtos para o Consumidor do Comitê de Políticas para o Consumidor
Comitê de Políticas Científicas e Tecnológicas

Comitê de Estatística
Grupo de Trabalho sobre Pensões Privadas
Grupo de Trabalho Conjunto de Agricultura e Comércio Internacional
Grupo de Trabalho Conjunto de Comércio Internacional e Meio Ambiente
Comitê de Governança Pública (PGC)
Comitê de Agricultura
Comitê de Defesa da Concorrência
Comitê de Comércio
Comitê de Investimentos

Fonte: OECD, 2018. Elaboração própria

De acordo com a tabela supracitada, pode-se constatar que o Brasil vem se adaptando às políticas da organização e participando de diversos comitês, seja como *status* de participante ou com *status* de associado, e tais participações fortalecem o poder do Estado brasileiro dentro da instituição, ademais o Brasil é considerado o país não membro em que mais participada de instrumentos *acquis* dentro da organização, fazendo parte de 35 dos 239 que compõe a OCDE (COZENDEY, 2017, p.7). Porém, fazer parte do seleto grupo da OCDE não depende apenas da vontade do país; a primeira parte do Artigo 16 da Convenção que criou a OCDE estabelece que "O Conselho pode decidir convidar qualquer Governo preparado para assumir as obrigações de membro a aceder a esta Convenção" (OECD, [s.d; s.p.]), e este processo requer no mínimo três anos para que seja concluído, como cita Cozendey (2017, p.7):

> Trata-se, portanto, de um processo de acessão, e não de simples adesão,5 pois envolve um processo, que costuma levar pelo menos três anos, de negociações entre o país candidato e os membros em cada uma das principais áreas de política cobertas pela OCDE. Durante esse processo, o país procurará convencer os membros da adequação de suas políticas, ou negociar reservas ou observações aos instrumentos do *acquis*.

O governo americano é um dos principais apoiadores para que o Brasil ingresse na OCDE, e declarou apoio formal na organização para que o Brasil seja membro permanente. Mas por que tanta importância? Nada mais que uma troca. Os Estados Unidos, em troca do seu apoio junto à organização, estabeleceram diversos acordos para que Washington apoiasse o Brasil em sua

acessão na OCDE. Algumas das concessões foram: a exploração da Base de Alcântara, no Maranhão; isenção de vistos para americanos sem reciprocidade; abdicação do status de país em desenvolvimento junto à Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste sentido, o Brasil até a sua acessão dentro da OCDE, fica isolado de vantagens com outros parceiros emergentes como a Índia e países do MERCOSUL.

Além disso, o país precisará fazer reformar importantes para conseguir a adesão. Tendo de contribuir financeiramente altos valores de forma obrigatória, visto que essas contribuições são calculadas de acordo com PIB do país participantes. Atualmente os gastos do Brasil com instituições como OMC e FMI, estão entre US$10 milhões a US$20 milhões (THORSTENSEN; GULLO, 2017), o que nos faz pensar que se as doações são calculadas em cima do valor do PIB, teremos uma ideia dos valores elevados a serem doados para OCDE. Deste modo, tem-se uma dúvida se de fato é bom para o Brasil ser membro da OCDE no momento. Porém, segundo Fernandes (2017, p. 7), é inegável a entrada do Brasil na organização pelos seguintes fatos:

> 1.A tensão entre o "manter o clube e garantir a relevância" sempre estará presente nas decisões de acesso da OCDE. O número de países candidatos no presente momento traz um desafio importante à organização, mas o interesse em atrair o Brasil deve prevalecer em suas decisões. 2. O Brasil entrará no processo de adesão como um dos países não membros com maior participação em comitês e elevado número de instrumentos já adaptados ao padrão OCDE, o que se revela como um facilitador. 3. O processo de adesão envolve uma avaliação 360º feita com insumos dos governos nacionais e dos setores privados. A agenda de política industrial, comercial e tributária do Brasil estará na mira dos interesses privados que avaliarão e influenciarão o processo. 4. Os principais estímulos para participar da OCDE residem na capacidade de adaptação dessa organização, na sua flexibilidade frente a processos políticos domésticos de adaptação e na compreensão mútua entre os membros que pode resultar dos *peer reviews*. 5. A adesão do Brasil parece um caminho natural e desejável para uma economia que precisa crescer e se integrar melhor à economia global.

Por mais que haja críticas em relação a entrada do Brasil na OCDE, ser membro efetivo da organização perpassa segurança para futuros investidores externo no país, visto que para ser membro, o Brasil, deverá cumprir diversos requisitos que a próprio OCDE já vem exigindo. Além de benefícios como empréstimos estrangeiros à juros mais baixos, financiamentos para pesquisas voltadas para área de seu interesse e políticas públicas para melhorar os indicadores sociais e econômicos.

Conclusão

É inegável que o Brasil e os Estados Unidos possuem uma relação bilateral forte marcada por diferenças políticas ou discordâncias comerciais, porém, é sabido que mesmo com todas essas diferenças, os países jamais cortaram os seus laços e o Brasil depende significativamente dos Estados Unidos para ter uma atuação positiva no mercado externo, tendo em vista que os Estados Unidos é o seu principal parceiro comercial e político, sendo o primeiro país a reconhecer o Brasil como república.

A retirada do status de país em desenvolvimento do Brasil pelos Estados Unidos, causou grande alvoroço internacional e nacionalmente, ocasionando diversas defesas e críticas, visto que, o Brasil perdeu diversas vantagens junto à OMC; contudo, mesmo que o Brasil tenha perdido essas vantagens, é inegável que o país possua uma das maiores e mais poderosas economias do mundo. Porém, essa divisão entre país em desenvolvimento e país desenvolvido, vem de outros critérios, como: pobreza, acesso à saúde, educação, saneamento.

A possível acessão do Brasil na OCDE traz incertezas e grandes debates nacionais, visto que a entrada do Brasil na organização acaba influenciando nas negociações e decisões juntos a organizações como OMC, FMI e Banco mundial, o que pode ser um perigo para soberania nacional, principalmente no grupo do G-20, onde o Brasil lidera. A entrada do Brasil na OCDE acarretará diversas mudanças internas, não só de políticas públicas, como também na legislação, além de uma grande contribuição monetária da instituição, mas por outro lado, há uma série de vantagens em ser membro da organização, pois o Brasil terá mais credibilidade em negociações comerciais e apoio em pesquisas com países membro da OCDE.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegra: Livraria do advogado, 1999.

_____. *Relações Internacionais e Política Externa do Brasil – História e Sociologia da Diplomacia Brasileira*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

BAUMAANN, Renato. *Economia Internacional: teoria e experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BLACKHURST, R; MARIAN, M; TUMLIR, N. *Trade Liberalization, Protectionism and Interdependence.* Genebra: Gatt Studies in International Trade, nº5, 1977.

CERVO, Amado Luiz. *Relações Internacionais da América Latina: Velhos e Novos Paradigmas*. Brasília: IBRI, 2001.

CEPAL. *Globalización y Desarrollo.* Santiago do Chile: CEPAL/ Divisão de Comércio Internacional e Integração, 2002. 309p. Disponível em: <www.cepal.org.> acesso em: 09 de jan. de 2021, 14:20:22.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Convenção da OCDE*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>, acesso em: 18 de dez. de 2020, 15:27:55.

COZENDEY, Carlos Marcio. *O pedido de acessão do Brasil à OCDE: Acender a quê? Aceder por quê?* Brasília: Revista Brasileira de Comércio Exterior, 2017.

CLINE, William R. *"Reciprocity": A new Approach to World Trade Policy? Policy Analyses in International Economics, nº 2*. Washington: Institute for International Economics, 1982.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC.* Curitiba: Juruá, 2003.

EMBAIXADA E CONSULADO DO BRASIL NO BRASIL. *História dos Estados Unidos e do Brasil*. Disponível em: <https://br.usembassy.gov/pt/our-relationship-pt/politicas-e-historia/history-of-the-us-and-brazil-portugese/>, Acesso em: 17 mai. de 2020, 17:40:00.

FERNANDES, José Augusto Coelho. *O Brasil e a OCDE: uma visão sobre o sistema de acesso e o papel da participação empresarial.* Brasília: Revista Brasileira de Comércio Exterior, 2017.

KECK, A; LOW, P. *Special and differential treatment in the WTO: why, when and how?* Washington, D.C: World Bank and Palgrave Macmillan, 2005.

HENRIQUE, Jorge Medeiros Marinho. *O Estudo das Relações Internacionais. Teorias e Realidades.* São Paulo: aduaneiras, 2008.

HILTON, Stanley E. *Os Estados Unidos, o Brasil e a Guerra Fria, 1945-1960: fim do relacionamento.* Brasília: Revista Do Serviço Público, *39*(4), 109-126.

HIRST, Mônica. *Estados Unidos: desencontros e afinidades* / Mônica Hirst, com ensaio analítico de Andrew Hurrell. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

KISSINGER, Henry. *Ordem mundial*/ Henry Kissinger; tradução Cláudio Figueiredo. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

MARSHALL, George. *The Marshall Plan speech address by General George C. Marshall US Secretary Of State Harvard University, 5 June 1947*. Annex 1. In: GRIFFITHS, Richard T. (Ed.). Explorations in OEEC History. OECD: Paris, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/explorations-in-oeec-history-9789264067974>, acesso em: 20 de dez. de 2020, 20:45:35.

MATTHEWS, Robert Guy. *Terrorists Destroy World Trade Center, Hit Pentagon in Raid With Hijacked Jets*. New York: Wall Street Journal, 2001.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Ponto de Contato Nacional – PCN*. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn>, acesso em: 20 de dez. de 2020, 18:45:22.

OECD. *Convention on the Organisation for economic Co-operation and Development*. Disponível em: <https://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>, acesso em: 20 de dez. de 2020, 20:35:50.

_____. Trabalhando com o Brasil. Disponível em:<https://www.oecd.org/latin-america/Active-with-Brazil-Port.pdf>, acesso em: 20 de dez. de 2020, 20:48:53.

PRADO, Eduardo. *A ilusão americana*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SALDANHA, Eduardo. *Desenvolvimento e tratamento especial e diferenciado na OMC: uma abordagem sob a perspectiva da doutrina do stare decisis – Parte I*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, 2012.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUTO, Luiz. P. Maior. *Brasil-Estados Unidos: desafios de um relacionamento assimétrico*. Brasília, Jan/Jun 2001. Disponível em: em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292001000100005>, Acesso em: 20 de jun. de 2020, 20:25:45.

SANTOS, Ieruza Moraes. *O Tratamento Especial e Diferenciado para países em Desenvolvimento na Organização Mundial do Comércio: Análise do Acordo de Subsídios e medidas compensatórias*. Salvador, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10938> Acesso em: 05 de jan. de 2021, 20:45:25.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Direito e Desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação*. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Fabiana Cardozo Martins de. *Cooperação e Desenvolvimento – O Brasil e a OCDE: uma breve análise do estado brasileiro à OCDE*. Brasília, 2018.

THORSTENSEN, V; GULLO, M. F. *O BRASIL NA OCDE: membro pleno ou mero espectador?* São Paulo: Working Paper 479 – CCGI nº8, 2018.

THORSTENSEN, Vera. *A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência.* Brasília, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100004>, Acesso em: 05 de jan. de 2021, 20:35:45.

WOLFE, Robert. *From reconstructing Europe to constructing globalization: the OECD in historical perspective.* In: MAHON, Rianne; MCBRIDE, Stephen. (Ed.) OECD and transnational governance. Vancouver: UBC Press, 2008.

ZANETTI, Augusto. *Comércio Internacional: do GATT à OMC*. São Paulo, Claridade, 2011.

PERSPECTIVAS DE UMA INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA INTRABLOCO NO MERCOSUL

Paulo Roberto Alonso Viegas
Doutorando em Direito e Políticas Públicas no PPGD UniCEUB
Brasília – DF - Brasil
paulo.viegas@afctf.adv.br

Resumo: Atualmente, várias e rápidas transformações econômicas e sociais têm resultado num enorme desafio para as pessoas, refletindo a necessidade de enfretamento de questões cada vez mais complexas. A partir de câmbios nos processos geoeconômicos e geopolíticos da conjuntura mundial atual, muitos países buscaram a formação de blocos, como ocorre com o MERCOSUL. O alinhamento econômico, pois, é vital para o sucesso dos países em seus blocos, o que invariavelmente passa pelas questões econômicas mais fundamentais: o setor de infraestrutura econômica. Sob esse tema, é de vital importância a discussão sobre as matrizes energéticas dos países que compõem blocos econômicos. No caso do MERCOSUL, os quatro países criadores do Bloco apresentam características próprias e peculiares. Enquanto o Brasil e a Argentina possuem áreas e populações grandes, Uruguai e Paraguai contam com áreas e populações pequenas. Brasil e Paraguai são sócios em uma grande hidrelétrica, que por si só atende a toda demanda de energia do Paraguai, mais não do Brasil. Ainda, figuram, como dificuldades, aspectos de heterogeneidade das legislações próprias de cada país, que carecem de convergência. Uma breve análise econômica dos países do Bloco busca identificar oportunidades que venham ao encontro de interesses das partes no âmbito intrabloco no MERCOSUL. Nesse contexto, as Matrizes Energéticas dos respectivos países são analisadas, de modo a evidenciar situações que possam ser melhoradas para que se consiga promover o desenvolvimento e a integração do Bloco.

Palavras-Chave: integração energética, intrabloco, matriz elétrica, MERCOSUL.

Abstract: Currently, several and rapid economic and social transformations have resulted in an enormous challenge for people, reflecting the need to face increasingly complex issues. Based on changes in the geoeconomic and geopolitical processes of the current global situation, many countries sought to form blocs, as the MERCOSUR. Economic alignment, therefore, is vital to the success of countries in their blocs, which invariably involves the most fundamental economic issues: the economic infrastructure sector. Under this theme, it is important to discuss the energy matrixes of the countries that make up economic blocks. In the case of MERCOSUR, the four countries that created the Bloc have their own and peculiar characteristics. While Brazil and Argentina

have large areas and populations, Uruguay and Paraguay have small areas and populations. Brazil and Paraguay are partners in a large hydroelectric plant, which alone meets the entire energy demand in Paraguay, but not in Brazil. In addition, as difficulties, there are aspects of heterogeneity of the laws specific to each country, which lack convergence. A brief economic analysis of the countries in the Bloc seeks to identify opportunities that will meet the interests of the parties within the MERCOSUR intrabloc scope. In this context, it analyses the Energy Matrices of the respective countries in order to highlight situations to promote the development and integration of the Block.

Keywords: energy integration, intrablock, electrical matrix, MERCOSUR.

INTRODUÇÃO

Atualmente, várias e rápidas transformações econômicas e sociais têm resultado num enorme desafio para as pessoas, espelhando a necessidade de enfretamento de questões cada vez mais complexas, que decorrem, via de regra, da defesa de interesses heterogêneos e difusos. A partir de câmbios havidos nos processos geoeconômicos e geopolíticos, que afetam a conjuntura mundial de diversas formas, muitas economias passaram a buscar a formação de blocos econômicos, como ocorre com o MERCOSUL[1], de modo a se posicionarem diante dos desafios trazidos, entre outros motivos, pela Globalização, que pode ser entendida como uma extensão do Capitalismo. A Globalização compreende um "movimento político-econômico pela livre movimentação de fatores de produção entre países" (RODRIK, 2011, p. 33).

Mais recentemente, o mundo tem passado por um período de transformações tecnológicas poucas vezes visto na história da humanidade. Tratam-se de avanços nas comunicações, informática, transportes, moeda, crédito, geração e distribuição de energia etc. Essas inovações têm provocado mudanças nas relações interpessoais e entre as pessoas e as demais "coisas" que as circundam, e toda essa situação afeta as realidades econômica, social e política

[1] O MERCOSUL corresponde ao processo de integração regional que reúne Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, e ao qual posteriormente foram incorporados a Venezuela e a Bolívia. A Bolívia está ainda "em processo de adesão", enquanto a Venezuela encontra-se em suspensão quanto a todos os direitos e obrigações inerentes à sua condição de Estado Parte, e por esse motivo os dois últimos países não serão objeto de análise aqui. Para maiores detalhes consultar *https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/*, acessado em 30 nov 2020.

da sociedade. Considerando-se os efeitos dessa transformação tecnológica, bem como o contexto político que se faz necessário no mundo atual acerca dos blocos supramencionados, o alinhamento de políticas dentro de um determinado bloco se torna essencial para o sucesso dos países pertencentes ao bloco, o que invariavelmente passa por questões mais fundamentais, como é o caso da infraestrutura econômica[2].

> Vivemos uma Terceira Revolução Industrial..., cujos pilares são: o câmbio para a energia renovável; a transformação do patrimônio imobiliário em micro geradores de energias renováveis localmente; o emprego do hidrogênio e outras tecnologias de armazenamento nas edificações; o uso da internet para permitir à rede elétrica a compartilhar energia, com pequenas unidades geradoras; e a transição da frota de transporte para veículos movidos a células de combustíveis ou elétricos (RIFKIN, 2012, p. 57).
>
> Estarmos às vésperas de uma Quarta Revolução Industrial, seja pelas inovações que surgem em curtos ciclos de desenvolvimento e da digitalização de informações, o que pode nos levar a situações impensáveis, como as empresas "digitais", com custo marginais que tendem a zero. (SCHWAB, 2016, p. 17).

Sobre essa temática específica, é fundamental a discussão das matrizes energéticas dos países que compõem um bloco econômico. No caso do MERCOSUL, por exemplo, os quatro países fundadores[3] apresentam características próprias e peculiares[4]. Enquanto o Brasil e a Argentina possuem

---

[2] O termo infraestrutura representa aqui uma das destinações do capital público investido, e compreende desembolsos com o fim de execução de obras visando a construir pontes, viadutos ou sistemas de saneamento. Para aprofundar a matéria, veja-se: MANKIW, N. Gregory. *Macroeconomics.* Fifth edition; New York and Basigstoke: Worth Publishers, 2003, p. 146 e ss.

[3] O MERCOSUL foi criado pelo Tratado de Assunção, que estabeleceu, inicialmente, um modelo de integração para conformar um mercado com livre circulação de bens, serviços e fatores. Seguiram-se importantes Protocolos, como o de Brasília, o de Ouro Preto e o de Olivos. Para aprofundar a matéria, veja-se: *https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/*, e *http://www.Mercosul.gov.br/40-normativa/tratados-e-protocolos/120-protocolo-de-ouro-preto*, que foram acessados em 10 dez 2020.

[4] Os países do MERCOSUL apresentam claras distinções quanto a áreas e populações: o Brasil tem 8.515.770 Km² e 211 milhões de habitantes; a Argentina tem 2.780.400 Km² e 45 milhões de habitantes; o Paraguai tem 406.752 Km² e 7 milhões de habitantes; e o Uruguai tem 176.215 Km² e 3,3 milhões de habitantes. Para aprofundamento da matéria ver *https://www.indexmundi.com/map/?v=5&r=sa&l=pt* e *https://www.indexmundi.com/Map/?v=21&r=sa&l=pt*, ambos consultados em 15 dez 2020.

áreas, populações e economias expressivas, Uruguai e Paraguai contam com áreas, populações e economias de menor relevo, mas não menos importantes. Cabe destacar que Brasil e Paraguai são "sócios"[5] em uma grande usina hidrelétrica[6], que por si só atende praticamente a quase toda a demanda de energia do Paraguai, mas apenas a uma parte pequena da demanda do Brasil. Nesse contexto, ressalta-se, ainda, os aspectos de heterogeneidade das legislações próprias de cada país, que carecem de convergência para o avanço das pretensões do Bloco[7].

Este trabalho objetiva, pois, analisar as principais sinergias e aspectos que permitam um bloco econômico a abraçar a ideia de integração energética entre os países no âmbito intrabloco. Destarte, pretende-se evidenciar situações que possam ser aperfeiçoadas, bem como oportunidades de desenvolvimento e crescimento econômico[8], a partir de uma integração[9] energética intrabloco no caso específico do MERCOSUL.

[5] No Brasil há diferentes tipos societários previstos na lei, como é o caso das sociedades limitadas e sociedades anônimas d ecapital aberto. A Usina Hidrelétrica em questão goza de regime jurídico diferenciado, mas ainda assim é possível entender que o termo "sócios" refere-se aos países que, juntos, aportaram recursos para criar a Usina (Brasil e Paraguai). Quanto às sociedades limitadas brasileiras, é possível aprofundar o entendimento do termo "sócio", conforme dispõe CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial – Vol. II - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e Sociedade de Pessoas*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 469 e ss.

[6] A hidrelétrica em tela é Itaipu Binacional, criada e regida, em igualdade de direitos e obrigações, pelo Tratado de Itaipu, de 26 de abril de 1973, entre o Brasil e o Paraguai. A empresa tem natureza jurídica diferenciada, submetendo-se a rígidos controles administrativos, e sua regência é definida pelo Tratado de criação e acordos diplomáticos, podendo observar as normas internas de cada país "sócio". Para aprofundamento da matéria, ver *https://www.itaipu.gov.br/institucional/governanca-corporativa*, consultado em 20 dez 2020.

[7] Ressalta-se que, durante o processo de desenvolvimento do MERCOSUL, sua agenda foi continuamente ampliada. Em anos recentes, o Bloco passou a vivenciar uma perda de dinamismo, o que pode ser explicado por desequilíbrios macroeconômicos entre os membros, distintas formas de burocracia, nacionalismos regulatórios, aparelhamentos político-partidários, desvios ideológicos, e baixo crescimento econômico dos países (acompanhados por crises políticas, sobretudo no Brasil e na Argentina, e incômodos déficits fiscais e endividamento). Para aprofundamento da matéria, veja-se *http://www.Mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-Mercosul*, acessado em 15 dez 2020.

[8] Há diversas teorias que tentam explicar o crescimento econômico de uma economia. Baseado em evidências empíricas, constata-se fatos relacionados ao crescimento econômico de países, e um deles informa que os crescimentos do produto e do

1. Da oportunidade da integração energética entre países

Para início da discussão, tomando-se o exemplo que nos é mais próximo, ressalta-se que, no início da década de 1990, os países da região austral da América do Sul (o chamado "cone sul"), diz-se, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, perceberam que suas relações de interesse, sobretudo comerciais, poderiam ser potencializadas se formassem um bloco de natureza econômica, com o objetivo inicial precípuo de estabelecer uma zona de livre comércio entre os seus componentes, desburocratizando os trâmites do comércio internacional[10], sobretudo no âmbito intrabloco. A ideia de criação de um bloco entre esses países começou a ganhar contornos com a assinatura do Tratado de Assunção, de 1991 (criação do MERCOSUL). Dentre os fatores que motivaram a criação do Bloco, podem ser citados: o fator político, a partir do reconhecimento da necessidade de restauração democrática e desfazimento da despropositada rivalidade entre países, tanto militar quanto tecnológica; o fator econômico, buscando substituir a política nacional desenvolvimentista aplicada isoladamente pelas partes; e o fator histórico-geográfico, a partir do

volume do comércio internacional estão estreitamente relacionados, o que pode ser forte razão para a defesa da promoção do comercio interno ao MERCOSUL, e desse com agentes externos. Para aprofundamento da matéria veja-se: JONES, Charles I., *Introdução à Teoria do Crescimento Econômico.* Trad. Maria J. C. Monteiro – 2ª ed. - Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 12 e ss.

[9] O movimento de integração, de natureza concentradora, alcança tanto empresas como países ou blocos econômicos e, assim, o desenho de estratégias e instrumentos jurídicos que permitam o expansionismo da ação dos agentes é essencial. A motivação para uma inserção internacional (ou atuação econômica integrada) ajuda a difusão de conhecimentos para competir. Para aprofundamento da matéria, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *Os grupos de sociedades, a transferência de tecnologia e a integração regional*, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). *Manual de integração regional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 38 e ss.

[10] O Comércio Internacional é uma atividade que tem características próprias embasadas nos usos e costumes comerciais, tendo como principal instrumento de ação os "contratos internacionais". Em função da dinamicidade do mundo dos negócios, tal instrumento vem passando por transformações. Cria-se, assim, modos para maior fundamento e segurança, com inclusão de sofisticadas formas de garantia (que confere certeza aos negócios). Para aprofundar o assunto, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *Dos Contratos Internacionais do Comércio: Regime Geral*, em FERRAZ, Daniel Amin (coord,). *Contratação Internacional: algumas espécies de contratos mercantis.* Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 9 e ss.

aproveitamento histórico do Rio da Prata[11] como importante canal de escoamento de produção para os quatro países.

Com o passar dos anos, e a evolução do MERCOSUL, não obstante momentos alternados de avanços e retrocessos[12], surgiram inúmeras possibilidades de desenvolvimento econômico, inclusive quanto a uma verdadeira integração de matrizes energéticas[13] e, até mesmo, mais especificamente, de matrizes elétricas[14]. Nesse contexto, cabe mencionar que, até 2010, o Brasil apresentou o maior crescimento do resultado do comércio intrabloco entre os membros do MERCOSUL, o que configurou um certo desequilíbrio de saldos desse comércio, causando um certo descontentamento entre as partes. Consequentemente, uma decisão política de seguir adiante com a consolidação do Mercosul, muito provavelmente, só deverá ser sustentável a longo prazo se ganhos forem percebidos por todos os partícipes afetados pela integração do Bloco. Esses ganhos costumam ser possíveis e, em especial, no setor energético, quando há complementaridade produtiva entre as partes, a qual sirva como elemento de redução de custos de produção entre os agentes econômicos dos diferentes países-membros.

Além disso, um grande obstáculo enfrentado no caso em tela refere-se à falta de capacidade de oferta em condições eficientes na região. Para superar tal obstáculo na maioria dos setores da economia, parece oportuno aumentar

---

[11] A Bacia Hidrográfica do Rio da Prata é a segunda maior da América do Sul, atrás apenas da Bacia da Amazônia, e possui importância econômica relevante para os países do MERCOSUL. Para aprofundar a matéria, veja-se: *https://journals.openedition.org/terrabrasilis/795*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

[12] O MERCOSUL ainda hoje carece de aperfeiçoamentos em sua estrutura institucional, como é o caso da necessidade de aprimoramento dos mecanismos de solução de controvérsias. Para aprofundar a matéria, veja-se: LUQUINI, Roberto de Almeida. *Integração regional na América Latina e no MERCOSUL*, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). *Manual de integração regional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

[13] A matriz energética de um país corresponde ao conjunto de fontes de energia disponíveis para suprir a necessidade de energia (quanto à movimentação de carros, ao uso do fogão, ou à geração de eletricidade). Para aprofundamento da matéria, veja-se: *https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica/*, da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) – uma empresa pública federal -, acessado em 10 dez 2020.

[14] A matriz elétrica de um país é formada pelo conjunto de fontes disponíveis apenas para a geração de energia elétrica, sendo parte da matriz energética. Para aprofundar a matéria, veja-se *https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica/*, da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), acessado em 10 dez 2020.

investimentos em infraestrutura que suportam as várias cadeias produtivas[15], o que compreende inversões em setores como o de transportes e também o de energia, que geram benefícios em termos de custos para as demais cadias produtivas.

Considerando-se a particularidade do momento iniciado em 2020, destaca-se que a pandemia de Covid-19 tem afetado as economias mundiais de forma perversa, e com isso as projeções econômicas do Banco Mundial[16] para a América Latina e Caribe (o MERCOSUL nelas incluído), não são atraentes: não foram boas para 2020, e são tímidas para 2021[17]. É recomendável então que esses países se engajem em esforços de cooperação e coordenação, de modo a minimizar danos e promover avanços, mesmo que os efeitos se façam sentir no médio prazo, o que corresponderia a um bom exemplo para semelhantes esforços em outras áreas de atuação.

Apesar das dificuldades suscitadas, alguns bons avanços e resultados foram alcançados no MERCOSUL, tais como: a aprovação do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, de 2017, que amplia a segurança jurídica e aperfeiçoa a atração de investimentos; o acordo do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL, de 2017, que cria oportunidades de negócios para empresas, amplia as opções de fornecedores de órgãos públicos e reduz custos para o governo; a proteção mútua de indicações geográficas entre

[15] Os investimento em infraestrutura de cadeias produtivas complementares é vital para mitigar a presença de desequilíbrios comerciais e as disparidades de potencial econômico dos países do Bloco, o que pode desestimular esforços de sua manutenção. Para aprofundar a matéria, veja-se: BAUMANN, Renato. O MERCOSUL aos vinte anos: uma avaliação econômica. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Junho/2011 (Texto para discussão nº 1627). Disponível em *http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1493/1/td_1627.pdf*, o qual foi acessado em 15 dez 2020.

[16] O Banco Mundial é uma organização multilateral de apoio que oferece produtos financeiros e assistência técnica, auxiliando países a compartilhar e aplicar conhecimentos e soluções para políticas. Para aprofundamento da matéria consultar *https://www.worldbank.org/en/what-we-do*, acessado em 20 dez 2020.

[17] A COVID-19 provocou um enorme choque mundial, acarretando recessões acentuadas em muitos países. As previsões vislumbram uma contração do PIB global, levando a uma recessão. O Banco Mundial considera que a renda per capita em boa parte das economias emergentes encolherá. A pandemia evidencia a urgência de políticas para amortecer suas consequências, proteger as populações vulneráveis e melhorar a capacidade de enfrentamento de novas crises. Para aprofundamento da matéria, veja-se *https://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects*, que foi acessado em 10 dez 2020.

Estados Partes; a aprovação do Acordo sobre Direito aplicável em matéria de Contratos Internacionais de Consumo, de 2017, entre outros. Cabe aqui manifestar que os contratos internacionais se sujeitam a distintas legislações, e "podem ocorrer de acordo com: as legislações nacionais de países que submetem os contratantes; a lei do domicílio; a lei vigente no local da execução do contrato; ou a lei de celebração do contrato" (FERRAZ, 2015, p.15).

No tocante a iniciativas em prol da integração energética, destaca-se a decisão tomada em julho de 2020, de que o Parlamento do MERCOSUL comece a discutir especificamente a integração energética dos países-partes, com o objetivo principal de avaliar o potencial de geração ocioso, relativo às centrais hidrelétricas da região, sobretudo de Itaipu, de modo a melhor distribuir os recursos e mitigar a dependência dos países quanto à geração termelétrica, que é tipicamente mais poluente e de custo mais elevado[18].

2. Características das matrizes energéticas dos países do MERCOSUL

a) O caso do Brasil

A matriz energética do Brasil é muito rica em fontes de geração de energia elétrica e em recursos energéticos. Possui reservas de petróleo e gás expressivas que se destacam no cenário mundial. Quanto ao setor elétrico[19], o Brasil tem uma matriz diversificada, com cerca de 43% da produção de energia proveniente de fontes renováveis[20], um perfil de matriz elétrica invejável quando comparado às principais economias do mundo. Dentre essas

---

[18] Para mais informações sugere-se ver o sítio eletrônico *https://www.camara.leg.br/noticias/678742-PARLAMENTO-DO-MERCOSUL-COMECARA-A-DISCUTIR-INTEGRACAO-ENERGETICA-DOS-PAISES-PARTES*, o qual foi acessado em 20 dez 2020.

[19] O Sistema Elétrico brasileiro passou por diversas modelagens em função da época e das necessidades que o setor exigia. De 1930 até 1990, o setor era fortemente estatizado. Nos anos de 1990, o setor passou por privatizações, o que trouxe a necessidade de reformas, e resultou na crise energética de 2001, após o que passou por alguma desorganização. Para aprofundar a matéria, veja-se: TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *Novo modelo do setor elétrico brasileiro.* Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011, p. 3 e ss.

[20] A matriz elétrica brasileira tem forte presença de fontes de geração renovável. Grande parte da geração vem de usinas hidrelétricas. Recentemente, contou com aumento da presença de parques de geração da fonte eólica e fotovoltaica. Para aprofundar o tema, veja-se *https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica*, da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), o qual foi acessado em 30 nov 2020.

fontes renováveis destacam-se a geração hidráulica, eólica, solar e biomassa (em especial a produção de biocombustíveis, a partir do etanol). Entende-se atividade de geração elétrica como aquela que "compreende a conversão de energias mecânica em energia elétrica" (ALMEIDA, 2007, p. 132).

No início do Século XX, programas de incentivo à promoção de fontes geradoras de energia elétrica limpas contribuíram muito para o crescimento dessas fontes na matriz elétrica brasileira, como a geração eólica e a solar fotovoltaica. Aliado a esse movimento, o sistema brasileiro se reorganizou para permitir inovações pontuais, tais como o acesso da micro e mini geração distribuída[21], e o crédito de energia[22], o que aumentou a capacidade de geração do seu sistema elétrico. Por outro lado, ainda conta com alguns sistemas isolados, que tendem a ser mais custosos, em áreas mais distantes do País (em especial na Região da Amazônia), e que carece de investimentos para que sejam conectados ao Sistema Interligado Nacional (SIN) – um conjunto de instalações e de equipamentos que possibilitam o suprimento de energia elétrica nas regiões do país interligadas eletricamente –, e com isso baratear os respectivos custos.

Dentre os maiores desafios a serem enfrentados atualmente no âmbito da matriz energética brasileira podem ser destacados a privatização de segmentos da cadeia produtiva de óleo e gás e também do setor elétrico, bem como a atração de investimentos para a expansão da rede de gasodutos e da rede elétrica (em especial da distribuição) no território nacional. Além disso, deve-se considerar que, a partir da maior inserção de fontes de geração não controlável, como eólica e solar, e a redução da capacidade de regularização nas usinas hidrelétricas diante do crescimento da carga requerida, novos paradigmas para o planejamento e operação do sistema são previstos. A nova configuração requer ações como a expansão da oferta visando à complementação de potência do sistema - e sob esse aspecto a integração energética com outros países parece

[21] Desde 2012, a Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 entrou em vigor, e o consumidor brasileiro passou a poder gerar sua própria energia elétrica a partir de fontes renováveis ou cogeração, e ainda fornecer o excedente gerado para a rede de distribuição de sua localidade. Para aprofundar a matéria, veja-se *https://www.aneel.gov.br/geracao-distribuida*, acessado em 15 dez 2020.

[22] Com a possibilidade de o consumidor gerar a sua própria energia, caso a energia injetada na rede seja superior à consumida, cria-se um "crédito de energia" que não pode ser revertido em dinheiro, mas pode ser utilizado para abater o consumo futuro da unidade. Para aprofundar a matéria, veja-se *https://www.aneel.gov.br/geracao-distribuida*, acessado em 15 dez 2020.

oportuna -, e a maior participação do consumidor no mercado de energia, atuando também como gerador.

b) O caso da Argentina

De modo distinto, a matriz energética da Argentina[23] é considerada uma matriz "suja" (ou poluente), haja vista a forte dependência de fontes de geração termelétricas, baseadas na queima de combustíveis fósseis. Complementarmente, a Argentina dispõe de outras fontes, como hidrelétrica, nuclear, solar, eólica e de biomassa. Recentemente, a Argentina investiu muitos recursos para o desenvolvimento de energias limpas, visando combater as emissões de gases do efeito estufa, e aproveitando que dispõe de grande potencial de geração solar e eólica.

> O efeito estufa é um fenômeno natural oriundo da concentração de gases na atmosfera, que formam uma camada que "filtra" os raios solares e absorve calor, mantendo o planeta em uma temperatura adequada à vida. ... O problema associado a esse efeito refere-se ao excesso de gases produzidos pela atividade humana, que leva ao aquecimento global (FIELD; FIELD, 2014, p. 317).

A situação da matriz energética do País foi influenciada pela conjunção de dois fatores: os baixos custos de operação das centrais termoelétricas de ciclo combinado e a grande disponibilidade de gás natural na década de 1990. Nesse contexto, as empresas privadas, com participação intensificada pelas privatizações dessa década, reconfiguraram a matriz energética, aumentando o uso de combustíveis fósseis. Todavia, o uso intensivo de gás natural nesses anos e a redução dos investimentos em pesquisa e exploração de óleo e gás, levou ao esgotamento do insumo, bem como ao encarecimento dos serviços de fornecimento de energia elétrica e à crise na balança comercial do País. Segundo a Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA[24]), considerando a potência instalada no País em abril de 2019, destacava-se a

[23] A Matriz Energética da Argentina conta com recursos energéticos variados. Em 2018, a oferta interna total de energia foi de 82 Mtep, sendo 86% referentes ao gás natural, petróleo e derivados, sendo o gás natural o principal insumo energético disponível no País.

[24] A CAMMESA é uma empresa argentina que atua no mercado atacadista de energia, criada por Decreto Executivo em 1992 para operar o sistema de interconexão argentino. Para maiores detalhes sugere-se consultar o sítio eletrônico *https://portalweb.cammesa.com/default.aspx*, acessado em 15 dez 2020.

geração Térmica, com 24.557 MW (63,1%), e a Hidrelétrica, com 10.790 MW (27,7%).

Em 2011, a estatal[25] YPF (uma sociedade de economia mista[26] que havia sido privatizada mas, em 2012, teve 51% de seu capital repatriado), descobriu uma reserva de gás natural com alto potencial e capaz de sustentar o sistema de termelétricas do País a partir de 2018, o que tirou pressão sobre o segmento das termoelétricas.

É importante sinalizar que o sistema elétrico do País é interligado, com exceção de regiões mais ermas (como Terra do Fogo e as Malvinas). Também, cabe mencionar que o segmento de distribuição de energia do País concentra-se três empresas (75%): Edenor (atende a 4.637 Km2 e 7,5 milhões de pessoas), Edesur (atende a 3.309 Km2 e 6,1 milhões de pessoas) e Edelap (atende a 5.700 Km2 e 0,8 milhões de pessoas). A regulação[27], por sua vez, é feita pelo ENRE, a quem cabe, entre outras atribuições, acompanhar as tarifas. Nesse ínterim, salienta-se que após as privatizações dos anos de 1990, as tarifas[28] cobradas em Buenos Aires (que concentra boa parte da população e da economia do País), em 2002, atingiram US$ 45/MWh, muito superior ao valor internacional de referência, de US$ 22/MWh. Gerou-se com isso uma crise, cujo ápice se deu em 2001, quando provocou um vácuo na Presidência da República, após o que as

[25] No direito brasileiro, a expressão "estatal" é reservada a tipos de entidade com fins lucrativos da Administração Pública Indireta, cujas características as distingue de outras entidades congêneres. Sugere-se ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.*12ª ed.–São Paulo: Atlas, 2000, p.368 e ss.

[26] Corresponde a uma pessoa jurídica de direito privado. Nesse sentido, sugere-se verificar CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. - 3ª ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 390 e ss.

[27] Com o movimento de privatização dos países em desenvolvimento (ou emergentes) desde os anos de 1990, ganharam força as ideias de liberdade, de economia aberta e competitiva, de valores democráticos, de cooperação internacional e de Estado Regulador. A Regulação viria para afastar o Estado do controle de atividades econômicas, com esperados ganhos de eficiência e agilidade, ficando sob controle privado. Para aprofundar a matéria, veja-se: BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Manual de Direito da Energia Elétrica.* Belo Horizonte. Editora D´Plácido, 2016.

[28] As tarifas cobradas do consumidor de energia elétrica pelas empresas distribuidoras é entendida, na literatura internacional (o que difere em parte do entendimento no Brasil) como algoritmo para determinação de faturas dos consumidores, e pode ser composta pela combinação de: tarifa de acesso do usuário ao serviço; e tarifa por unidade consumida. Para aprofundar a matéria, veja-se: SANTOS, Paulo Eduardo Steele. *Tarifas de Energia Elétrica: Estrutura tarifária*. Rio de Janeiro: Interciência, 2011, p. 1 e ss.

tarifas foram renegociadas para um valor de US$ 17/MWh em 2005, estabilidade que só perdurou até 2008, gerando grande insatisfação. Esses fatos ilustram a sensibilidade e instabilidade gerados por esse setor no País, em boa medida devido à concentração de mercado, um fenômeno que reconhecidamente "comanda a evolução da economia capitalista desde a Segunda Grande Guerra" (BULGARELLI, 1996, p. 20).

Aliados à situação somam-se altas taxas de desemprego que assolam não apenas a Argentina, além de queda no padrão de vida da classe média, aumento da desigualdade e outros problemas típicos que a sociedade global enfrenta[29].

Na Argentina, a pretensão inicial com as privatizações era de que um sistema de múltiplas empresas e segmentos fosse concebido para promover a concorrência e a competição, sob regulamentação e supervisão estatal. De fato, a ideia não se concretizou, com o setor sendo progressivamente cartelizado[30]. Assim, nos últimos anos, é possível afirmar que três grupos econômicos (ou grupos de sociedades) controlam metade da demanda por energia elétrica. No Direito brasileiro, o "Grupos Econômico se caracterizam como conjuntos de sociedades sujeitas a uma ingerência constante e comum na condução dos negócios" (TOMAZETTE, 2019, p. 652). Em paralelo, cabe ainda considerar o entendimento do que seja o conceito de grupos de sociedade. Para tal, tomar-se-á emprestado os ensinamentos do conceituado Direito português, que aqui se assemelha ao Direito brasileiro, e para o qual os grupos de sociedade são "formas de coligações societárias que, no sentido estrito, caracterizam-se pela existência de uma direção unitária, que conservam a autonomia de suas personalidades jurídicas e estruturas organizacionais" (OLIVEIRA, 2017, p. 14).

O futuro do setor parece requerer investimentos na expansão das fontes renováveis, sobretudo a eólica, considerando-se o grande potencial existente,

---

[29] Essa piora no padrão de vida das pessoas vem sendo estudado por diversos autores no âmbito das ciências sociais. Para aprofundamento da matéria, veja-se: STIGLITZ, Joseph. E.. *Povo, Poder e Lucro: Capitalismo Progressista para uma era de descontentamento.* - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Record, 2020, p. 58 e ss.

[30] A menção à cartelização do sistema implica não apenas que um mesmo grupo econômico seja dono de empresas em distintos segmentos do setor - Geração, Transmissão e Distribuição -, mas também a todo o setor energético, controlando ainda a indústria de petróleo e gás (insumos para geração elétrica). A prática de cartel seria a realização de acordos feitos entre concorrentes, para a redução da competição, sendo seu objeto ou efeito tipificado em lei. Para aprofundar o assunto, veja-se: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste.* 4ª ed. rev., atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 354 e ss.

especialmente na região sul do país. Além disso, a questão crítica na matriz energética da Argentina passa pelo desafio da expansão da rede de movimentação do gás e na redução de tarifas a partir do incentivo à concorrência. Uma integração energética no âmbito do MERCOSUL poderia ajudar.

c) O caso do Paraguai

No caso do Paraguai, o País dispõe de uma matriz energética fortemente marcada pela dependência da usina hidrelétrica de Itaipu, além de outras duas hidrelétricas: as usinas de Acaray e Yacyretá (essa última, operada junto com a Argentina). As três usinas são abastecidas com água do Rio Paranã e cobrem grande parte da demanda de eletricidade do País. Boa parte da energia gerada pelas hidrelétricas destina-se à exportação de energia elétrica para Brasil e Argentina, e posiciona o Paraguai como exportador de energia. A geração por biomassa cobriu quase todo o restante da necessidade do País, devendo-se ainda considerar a existência de comunidades distantes que dependem de combustíveis para atender a suas demandas[31].

As questões críticas do setor elétrico no Paraguai passam pela forte dependência da energia hidrelétrica, fato que por si só tende a elevar o risco de afetação sobre sua segurança energética, não obstante o País disponha de uma das maiores reservas hidrológicas do mundo[32]. Além disso, o fornecimento e transmissão do serviço de energia elétrica, em termos de qualidade e capacidade, ficam distante do esperado, com frequentes e prolongados apagões. Também, o crescimento da demanda aumenta os desafios do setor, pois as linhas estão saturadas quanto à distribuição para os centros consumidores (a demanda aumentou em cerca de 8% nos últimos anos). O Governo, porém, tem se apoiado no Banco Mundial para projetos de modernização do sistemas de gestão

[31] A matriz energética do Paraguai destaca-se por: forte presença da geração hidrelétrica; o caráter exportador do seu sistema elétrico; e dependência de importação de hidrocarbonetos para outras atividades. Para aprofundar a matéria, veja-se: *https://www.ssme.gov.py/vmme/index.php?option=com_content&view=article&id=1213&Itemid=598*, o qual foi acessado em 10/12/2020.

[32] O território do Paraguai situa-se sobre o Aquífero Guarani (maior do mundo), o que lhe confere importante dotação de recursos hidrológicos frente a outros países. Para aprofundamento da matéria veja-se: *https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2013/05/02/paradoja-de-la-energia*, o qual foi acessado em 10/12/2020.

e comercialização da rede, além de implantação e ampliação de subestações elétricas. Outrossim, é importante mostrar que o Paraguai não produz petróleo e sua produção de gás é marginal e localizada em poucos sítios, o que pode requerer o carreamento de investimentos em dutos de transporte de tais insumos energéticos a fim de baratear custos.

d) O caso do Uruguai

O Uruguai conta com cerca de 98% de sua energia produzida a partir de fontes renováveis, como hidroelétrica, eólica, solar e biomassa. A matriz energética do país sofreu importante alteração a partir de investimentos realizados recentemente, sobretudo na expansão do parque gerador eólico, que compreende atualmente 43 centrais de geração. Ressalta-se que o País desfruta de localização geográfica favorecida, que lhe proporciona condições naturais próprias para a produção de energia eólica, solar e hidráulica. Em março de 2020, a composição da matriz do País compreendeu: 40,96% de geração eólica; 38,77% de geração hidrelétrica; 9% de geração por Biomassa de resíduos florestais e casca de arroz; 7,65% de geração térmica; e 4,65% de geração solar fotovoltaica.

Essa composição coloca o Uruguai, segundo a Agência Internacional de Energia, em primeiro lugar na América Latina e em quarto lugar no mundo em termos de níveis de geração de eletricidade com fontes renováveis[33]. Para alcançar essa situação, o Uruguai desenvolveu um modelo de parcerias público-privadas para promover investimentos a fim de impulsionar o seu setor de energia elétrica. Tal modelo, com participação da empresa estatal de energia UTE[34], obteve bastante sucesso, a ponto de ser reproduzido em outros países. O modelo compreende múltiplas modalidades de investimento e financiamento, entre os quais empreendimentos e financiamentos públicos, processos de licitação tradicionais, projetos financiados por organizações multilaterais, contratos de *leasing* - que podem ser entendidos como um "contrato pelo qual a arrendadora ou locadora adquire um bem escolhido por seu cliente para, em seguida, alugá-lo por prazo determinado" (COELHO, 2011, p. 165) -

[33] Para maiores detalhes sugere-se consultar o sítio eletrônico *https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/energia-uruguay-otegui-miem*, o qual foi acessado em 10/12/2020.

[34] Para maiores detalhes sugere-se consultar o sítio eletrônico *https://portal.ute.com.uy/institucional/ute/quienes-somos*, o qual foi acessado em 10/12/2020.

empreendimentos binacionais e empreendimentos públicos com financiamento por fundos de pensão[35] e mercado de capitais – um "sistema de distribuição de valores mobiliários que gera liquidez aos títulos de emissão de empresas e possibilita o processo de capitalização" (TOMAZETTE, 2019, p. 450).

Cabe destacar que parte importante da geração de energia elétrica do País é atendida pela Usina Hidrelétrica Salto Grande, um empreendimento binacional entre o Uruguai e a Argentina. Pelo lado uruguaio, esse empreendimento fica a cabo da UTE, empresa que também possui interconexões com a Argentina mediante as Estações da Comissão Técnica Mista de Salto Grande, bem como com o Brasil, mediante as estações conversoras de frequência em Rivera e Melo, proporcionando maior força e flexibilidade ao sistema elétrico uruguaio. Esse contexto indica já haver integração energética do Uruguai com Brasil e a Argentina. Os maiores desafios do seu setor elétrico são o aprofundamento dessa integração regional, para suportar o desejável crescimento econômico do país.

3. Das possibilidades de integração energética no MERCOSUL

A integração energética entre diferentes países pode criar riquezas. No caso de países que produzem excedentes de energia que podem ser exportados, a integração ajuda na criação de empregos e na promoção de crescimento econômico dos exportadores, além de gerar receitas que podem ser utilizadas para melhorar a condição de vida das pessoas. Por outro lado, no caso de países que possuem déficit energético e são importadores de energia, a integração energética também cria riqueza, pois as importações de energia podem substituir fontes de energia menos eficientes ou menos limpas, aumentando a competitividade do país, e impulsionando o crescimento econômico pela redução de custos de energia.

Além disso, a integração energética pode melhorar a confiabilidade dos sistemas, na medida em que os países podem obter *backup* energético de outros

[35] Os fundos de pensão são opções de investimento utilizadas para proporcionar aposentadoria ao investidor. Em países da América Latina, são usados como aposentadoria complementar, e à chamada previdência fechada de grupos (de funcionários de empresa, pública ou privada). Para aprofundamento da matéria, veja-se *https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/fundos-de-pensao*, que foi acessado em 15/12/2020.

países integrados, conferindo mais graus de liberdade para o enfrentamento de eventual escassez de energia que, no curto prazo, não se resolve pela expansão da infraestrutura local. Permite, pois, reduzir necessidades de capacidades de reserva e aumentar a confiabilidade e a resiliência dos sistemas interconectados, além de reduzir perdas pela sua otimização[36].

Os países do Mercosul já apresentam importantes inciativas de cooperação energética, o que reforça a eficiência e a segurança energética (e mais confiabilidade e perenidade na prestação do serviço). Como segurança energética, entende-se aqui o "adequado suprimento de energia necessário, a preços razoáveis e estáveis, para o desenvolvimento econômico sustentável. ... compreende ... busca por fontes alternativas de energia ... maior competição na oferta ... eficiência energética ... diversificação ... elaboração de planos de contingência" (PAIVA, Iure; CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio Pedro; 2017, p. 18).

São exemplos dessas iniciativas no chamado Cone Sul: as linhas entre Paraguai e Argentina - Carlos Antonio López (Paraguai) e Eldorado (Argentina), e Guarambaré (Paraguai) e Clorinda (Argentina); a central geradora de 12.600 MW entre Paraguai e Brasil - Itaipu; a linha entre Uruguai e Brasil - Livramento; central geradora de 1.890 MW entre Argentina e Uruguai - Salto Grande; linhas entre Argentina e Brasil - Paso de los Libres a Uruguaiana, Rincón a Garabi - Ita I e Rincón a Garabi - Ita II[37]. Porém, os esforços por uma integração efetiva não se restringem a iniciativas como essas.

Ao se defender uma genuína integração energética entre países, deve-se considerar, também, que o mundo passa uma crise concretizada, por um lado, na necessidade de ampliação da oferta de energia que favoreça a continuidade de crescimento econômico e desenvolvimento social. Por outro lado, há pressões

---

[36] Os benefícios que a integração energética pode trazer são inúmeros. Para aprofundamento do assunto, sugere-se ver: RAINERI, Ricardo. *Integração Energética na América do Sul: Experiências, Possíveis Benefícios, Riscos e Desafios*, em CASTRO, Nivalde J. de; ROSENTAL, Rubens. Integração e Segurança Elétrica na América Latina, Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016, p. 239 e ss., disponível em *http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/BV/castro169.pdf*, consulta em 15/12/2020.

[37] Há um importante Gasoduto que interliga a Bolívia e o Brasil - o GASBOL. A Bolívia, como já mencionado, não será objeto de análise aqui, mas, para informações sobre o tema, veja-se: Tratados, Protocolos e Acordos, disponível em: *https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/tratados/*, acessado em 15/12/2020.

para que se reduza a emissão de gases de efeito estufa e os consequentes impactos sobre o aquecimento global. A situação requer uma nova configuração das matrizes energéticas, com maior presença de fontes renováveis e limpas, resultando num processo de transição complexo, o que reclamará mais coordenação de planejamento e operação dos sistemas.

Ganha relevo, então, a necessidade de os países valorizarem a interdependência mútua, e a questão energética deve ser incluída nessa pauta. Nesse ínterim, poder-se-á compartilhar recursos humanos e financeiros para empreendimentos de transição de matrizes energéticas, entendendo que elas sejam vitais ao sucesso, a partir de sinergias e trocas de experiências e conhecimentos que gerem políticas setoriais exitosas.

Entre as possibilidades que se insinuam ao MERCOSUL estão a expansão do sistema de gasodutos e terminais portuários, inclusive com estações de liquefação e de regaseificação de gás, bem como de linhas de energia elétrica que interliguem os países do Bloco e permitam maiores flexibilização, eficiência e segurança energética de modo abrangente. Cabe mencionar que as estações de liquefação ou regaseificação de gás "importam como solução tecnológica para barateamentos do transporte de gás mediante o uso de embarcações (navios metaneiros), gerando economicidade no transporte sobretudo entre locais distantes, ensejando a contestabilidade desse mercado" (MATHIAS, 2010, p. 155).

No caso dos gasodutos, as recentes descobertas de reservas de gás natural na Argentina e no Brasil poderão, por uma rede interconectada, oferecer gás a custos baixos para as usinas térmicas, em substituição ao óleo, que é mais poluente.

Com relação à energia elétrica, cabe pensar em incentivos fiscais para comercialização de bens de capital utilizados na geração de energia limpa e renovável, permitindo que países do Bloco com essa capacidade forneçam energia elétrica em condições competitivas para os demais. Deve-se considerar o fator de complementaridade das matrizes elétricas dos países do Bloco. Enquanto Brasil, Paraguai (esse, um exportador de energia) e Uruguai têm matrizes com alta participação hidráulica, a Argentina tem matriz predominantemente térmica.

A complementaridade em questão é evidente, sendo plausível imaginar a criação de um polo energético que explore essa condição. Destarte, uma

convergência legal e normativa também é necessária, considerando que sistemas de energia tendem a apresentar alta complexidade técnica e grande quantidade de normas reguladoras. A simplificação e convergência normativa, portanto, são oportunas, ainda que não sejam necessariamente de efetivação imediata, o que pode ser feito por etapas, segundo a evolução da integração física a da compreensão da operação e dos mercados do sistema[38].

Outra questão importante em projetos dessa natureza refere-se à necessidade de se considerar problemas operacionais e de segurança energética na elaboração de contratos do governo, considerando-se o nível de integração alcançado, tais como: exportações de energia; projetos de energia binacionais; contratos firmes ou interrompíveis; gestões de escassez de energia; operação coordenada, gerenciada/despachada centralmente ou dirigida por mercado; e mercados únicos ou independentes[39].

Os contratos supra devem ser objeto de uma regulação que decorra da discussão e integração também dos marcos regulatórios do setor, estabelecidos inicialmente por cada país do Bloco. A integração dos Marcos Regulatórios é base para todo o mecanismo integrativo dos sistemas elétricos (e também energéticos) que se pretenda estabelecer. Ressalta-se que a matéria sobre energia sempre é acompanhada de repercussões políticas e inciativas de integração regional costumam estabelecer regras claras, objetivas e perenes, a fim de conferir segurança jurídica quanto a investimentos, incentivos, segurança energética, concorrência, novas tecnologias, enre outros aspectos inerentes ao setor. Há possibilidade de se utilizar regras estabelecidas para relações multilaterais como paradigma para relações intrablocos, até porque o movimento contrário também é plausível, ou seja, regras estabelecidas no âmbito regional

[38] A iniciativa de integração energética de países envolve grandes complexidades. Para aprofundamento do assunto, ver: RAINERI, Ricardo. *Integração Energética na América do Sul: Experiências, Possíveis Benefícios, Riscos e Desafios*, em CASTRO, Nivalde J. de; ROSENTAL, Rubens. *Integração e Segurança Elétrica na América Latina*, Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016, p. 244 e ss., disponível em http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/BV/castro169.pdf, consulta em 15/12/2020.

[39] Para o êxito da integração energética, os contratos de governos desempenham papel relevante. Para aprofundamento do tema, veja-se ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da vontade; MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 4ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 266 e ss.

poderão exercer influência sobre futuras regras a serem construídas no plano multilateral (até mesmo num plano interblocos)[40].

Deve-se ainda avaliar os impactos da integração energética em termos de efeitos sobre o comportamento de empresas, mercados e incentivos (positivos ou negativos) que possam surgir no contexto de um país ou empresa em função de maior liberdade na segurança energética de outros países ou empresas. Um problema importante que comumente decorre dessas situações remete à necessidade de confiança entre as partes e um entendimento inequívoco de que a integração trará benefícios para todos[41]. É fato que os países do Mercosul já apresentam intenções de cooperação, que podem ensejar futuramente uma integração energética a serem potencializadas por avanços no escopo do respectivo Tratado, o que depende não apenas de vontade política, mas de atuação diplomática efetiva a fim de criar confiança e desmistificar mitos contrários ao desenvolvimento das relações e do próprio Bloco. Há assim, a possibilidade de reduzir efeitos de disparidades típicas do setor e trabalhar pela convergência de interesses[42].

CONCLUSÃO

[40] Podem servir de exemplos para a integração intrablocos as regras estabelecidas por entes como Organização Mundial do Comércio (OMC). Para aprofundar a matéria, veja-se: CAVALCANTI, Carlos A.; LEMBO, Carolina; THORSTENSEN, Vera (coord.). *A Regulação do Comércio Internacional de Energia: Combustíveis e Energia Elétrica.* São Paulo: FIESP, 2013, p. 8 e ss.

[41] Há problemas a serem superados de ordem técnica e adaptações a serem feitas nas estruturas de despacho de energia, inclusive trocas sazonais de energia elétrica entre os países do Bloco. Para aprofundamento do tema, veja-se RAINERI, Ricardo. *Integração Energética na América do Sul: Experiências, Possíveis Benefícios, Riscos e Desafios*, em CASTRO, Nivalde J. de; ROSENTAL, Rubens. *Integração e Segurança Elétrica na América Latina*, Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016, p. 244 e ss., disponível em http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/BV/castro169.pdf, consulta em 15 dez 2020.

[42] Os recursos energéticos no mundo apresentam clara dispersão geográfica. Por exemplo, a expressiva concentração de produção de petróleo na região Oriente Médio. Ainda, há disparidade entre conjuntos de países que estão entre os maiores consumidores de energia, e os maiores detentores de reservas desses recursos. Uma consequência remete à preocupação das nações deficitárias de energia com sua segurança de abastecimento. Outra, à grande participação de insumos e produtos energéticos no comércio internacional. LEITE, Antônio Dias. *A Energia do Brasil.* 2ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 41 e ss.

A partir da discussão, parece evidente que a integração energética regional intrabloco é capaz de carrear benefícios potenciais de diversas naturezas, como: a promoção da segurança energética, com diversificação de fontes e de local de fornecimento de suprimentos; suporte à eficiência energética sistêmica; ampliação do atendimento pelos serviços e maior acesso a mercados; promoção da modicidade de preços; e apoio à obtenção de avanços socioambientais e redução de emissões de gases.

Complementarmente, não se pode olvidar das crises que têm afrontado o mundo, e para as quais se requer melhor coordenação da ação humana para seu enfrentamento, o que passa, tanto pela formação de blocos econômicos, como pelos movimentos de integração energética entre países de uma mesma região. No caso do Mercosul, essa integração é útil para atender a necessidades distintas dos países do Bloco. Quanto ao Uruguai, para suportar o desejável crescimento econômico a partir de um sistema energético com estabilidade e confiabilidade. Quanto ao Paraguai, para diversificar as fontes de energia que lhe atendem, e facilitar o encaixe do excedente de energia que produz. Quanto à Argentina, para expandir a rede de movimentação do gás e reduzir tarifas a partir do incentivo à competição nos segmentos do setor elétrico, bem como para diversificar ainda mais o seu sistema elétrico. No caso do Brasil, para gerar maior segurança energética, estabilidade no sistema e expandir a geração de forma mais barata. Ainda, a troca de experiências e de conhecimento adquiridos, em especial quanto as inovações encampadas pelo no Brasil pode favorecer a todos.

O sucesso de todo esse empreendimento passa pela simplificação e convergência do Direito dos países do Bloco, voltadas ao estabelecimento de um marco regulatório integrado, bem como pelo fortalecimento das relações diplomáticas e, acima de tudo, pela criação de um ambiente de confiança e credibilidade mútuas entre as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmar Fagundes de, et alii. *Economia da energia: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial*, em: PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (coord). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade; MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUMANN, Renato. *O MERCOSUL aos vinte anos: uma avaliação econômica.* Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Junho/2011 (Texto para discussão nº 1627). Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1493/1/td_1627.pdf, acessado em 15/12/2020.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Manual de direito da energia elétrica.* Belo Horizonte. Editora D´Plácido, 2016.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial – Vol. II - empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas.* São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI, C. A.; LEMBO, C.; THORSTENSEN, V. (coord.). *A regulação do comércio internacional de energia: combustíveis e energia elétrica.* São Paulo: FIESP, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, vol. 3: direito de empresa* - 12ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2011.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima.* - 3ª ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* -12ªed.- São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAZ, Daniel Amin. *Dos contratos internacionais do comércio: regime geral*, em FERRAZ, Daniel Amin (coord,). *Contratação internacional: algumas espécies de contratos mercantis.* Curitiba: Editora CRV, 2015.

FERRAZ, Daniel Amin. *Os grupos de sociedades, a transferência de tecnologia e a integração regional*, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). *Manual de integração regional,* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FIELD, B. C.; FIELD M. K.. *Introdução à economia do meio ambiente.* 6ª ed. - Porto Alegre: AMGH, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 4ª ed. rev., atual. e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JONES, Charles I,, *Introdução à teoria do crescimento econômico.* Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro – 2ª ed. - Rio de Janeiro: Campus, 2000.

LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2ª ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LUQUINI, Roberto de Almeida. *Integração regional na América Latina e no MERCOSUL*, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). *Manual de integração regional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MANKIW, N. Gregory. *Macroeconomics*. Fifth edition – New York and Basigstoke: Worth Publishers, 2003.

MATHIAS, Melissa C. P. P. *A formação da indústria global de gás natural: definições, condicionantes e desafios*. Rio de Janeiro: Interciência, 2010.

OLIVEIRA, Ana Perestelo de. *Manual de grupos de sociedades*. Coimbra: Edições Almedina SA, 2017.

PAIVA, I.; CASTRO, N. de; LIMA, A. P. *Aspectos teóricos e analíticos da segurança energética e os desafios do setor elétrico brasileiro*. Grupo de Estudos do Setor Elétrico (GESEL) UFRJ - Texto de Discussão do Setor Elétrico n.º 71. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, disponível em http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/04_tdse71.pdf, consulta em 20/12/2020.

RAINERI, Ricardo. *Integração energética na América do Sul: experiências, possíveis benefícios, riscos e desafios*, em CASTRO, N. J. de; ROSENTAL, R. (organiz.). *Integração e segurança elétrica na América Latina*, Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016, em http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/BV/castro169.pdf, consulta em 15/12/2020.

RIFKIN, Jeremy. *A terceira revolução industrial: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2012.

RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democratic and the future of the world economy*. New York: W.W. Norton & company, 2011.

SANTOS, Paulo Eduardo Steele. *Tarifas de energia elétrica: estrutura tarifária*. Rio de Janeiro: Interciência, 2011.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. – São Paulo: Edipro, 2016.

STIGLITZ, Joseph. E.. *Povo, poder e lucro: capitalismo progressista para uma era de descontentamento*. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Record, 2020.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *Novo modelo do setor elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial – 1: teoria geral e direito societário*. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019.

Consulta a sítios eletrônicos:

Consulta ao sítio eletrônico *https://journals.openedition.org/terrabrasilis/795*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://portal.ute.com.uy/institucional/ute/quienes-somos*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://portalweb.cammesa.com/default.aspx*, o qual foi acessado em 15 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.aneel.gov.br/geracao-distribuida*, o qual foi acessado em 15 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2013/05/02/paradoja-de-la-energia*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.camara.leg.br/noticias/678742-PARLAMENTO-DO-MERCOSUL-COMECARA-A-DISCUTIR-INTEGRACAO-ENERGETICA-DOS-PAISES-PARTES*, o qual foi acessado em 20 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica*, da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.indexmundi.com/map/?v=5&r=sa&l=pt*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.indexmundi.com/Map/?v=21&r=sa&l=pt*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.itaipu.gov.br/institucional/governanca-corporativa*, o qual foi acessado em 20 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *http://www.Mercosul.gov.br/40-normativa/tratados-e-protocolos/120-protocolo-de-ouro-preto*, o qual foi acessado em 10/12/2020.

Consulta ao sítio eletrônico *http://www.Mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-Mercosul*, o qual foi acessado em 15 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/tratados/*, o qual foi acessado em 15 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/*, o qual foi acessado em 30 nov 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/energia-uruguay-otegui-miem*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.ssme.gov.py/vmme/index.php?option=com_content&view=article&id=1213&Itemid=598*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.worldbank.org/en/what-we-do*, o qual foi acessado em 20/12/2020.

Consulta ao sítio eletrônico *https://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects*, o qual foi acessado em 10 dez 2020.

Consulta ao sítio *https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/fundos-de-pensao*, o qual foi acessado em 15 dez 2020.

INOVAÇÕES DIGITAIS E A SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS NO MERCADO BRASILEIRO

Antonio Marcos Fonte Guimarães
PPGD Uniceub
Direito, Brasília, Brasil
antoniomfguimaraes@gmail.com

Resumo: Os mercados financeiro e de capitais, influenciados especialmente pelas inovações tecnológicas, têm sofrido mudanças constantes nas formas de financiamento de companhias e projetos. O direito empresarial, como consequência, tem acompanhado esse processo evolutivo, contribuindo na construção juridicamente sustentável de uma das principais inovações do sistema econômico-financeiro nas últimas décadas, que foi o surgimento dos mecanismos de securitização de recebíveis. Merecem especial destaque os aprimoramentos legais e regulamentares que têm o potencial de promover melhorias consideráveis no processo de securitizações de recebíveis financeiros brasileiro. Essas melhorias, se implementadas, permitirão o acesso, ao pequeno e médio empresário, a recursos em custos acessíveis para o exercício de suas atividades. Este trabalho procura analisar a influência das inovações tecnológicas e o papel do Estado-regulador como promotor do mercado de securitizações.

Palavras-chave: Securitização; Regulação; Financiamento; pequenas e médias empresas.

Abstract: The financial and capital markets, influenced especially by technological innovations, have undergone constant changes in the sources of financing companies and projects. As a consequence, corporate law has followed this process, contributing to the sustainable construction of one of the main innovations of the economic-financial system in recent decades, which is the securitization mechanisms for receivables. It is worth highlighting the legal and regulatory innovations that have the potential to promote considerable improvements in the process of securitization of Brazilian financial receivables. These improvements, if implemented, may allow small and medium-sized entrepreneurs to have access to affordable resources for their activities. This paper aims in analyzing the influence of technological innovations and the role of the State as a promoter of the securitization market.

Key-Words: Securitization; Regulation; Financing; Small and medium enterprises.

INTRODUÇÃO

A busca por formas alternativas de financiamento para obtenção de capital de giro tem sido uma constante na realidade brasileira, especialmente quando se trata de financiamento ao micro, pequeno e médio empresariado.

Uma vez que, em geral, o mercado financeiro tradicional tende a privilegiar a alocação de seus recursos em ativos de menor risco, no que se refere ao mercado de crédito os tomadores que possuem um histórico mais consolidado de relacionamento com o sistema bancário tendem a absorver a maior fatia dos montantes disponíveis para empréstimos.

Essa premissa cria dificuldades de financiamento a outros setores da economia, nem sempre dotados da prerrogativa de fácil acesso ao sistema financeiro. Em virtude disso, formas alternativas de financiamento que propiciem o acesso a crédito ao pequeno e médio empresariado a custos justos são sempre bem vindas.

É nesse contexto que se encaixa o mercado de securitizações de recebíveis que, apesar de relativamente pequeno comparativamente ao mercado financeiro, está cada vez mais presente na realidade brasileira.

Esse mercado, a exemplo de outros setores da economia, tem sido significativamente beneficiado e impulsionado pelas inovações tecnológicas digitais das últimas décadas e, uma vez que essas inovações têm sido exploradas de forma crescente pelas entidades conhecidas como *fintechs*, esse círculo virtuoso tende a se ampliar.

Este trabalho pretende evidenciar que, a despeito do papel impulsionador dessas inovações tecnológicas e da atuação das *fintechs*, o mercado de securitização não se beneficiará apropriadamente desses instrumentos de mercado se não houver uma atuação proativa por parte do Estado-regulador.

O ente estatal, nesse cenário, pode contar com alguns instrumentos já disponíveis no ambiente nacional e internacional para exercer essa tarefa de estímulo ao mercado de securitizações.

Neste artigo, conforme aqui exposto, defende-se que três desses instrumentos já estão em desenvolvimento: o *Sandbox* Regulatório, o *Open Banking* e a Análise de Impacto Regulatório. O uso desses instrumentos precisa ser reforçado com vistas a se atingir o objetivo aqui descrito, qual seja, o de

impulsionar o uso do mercado de securitização de recebíveis como forma alternativa de investimentos.

DESENVOLVIMENTO

Um dos maiores desafios ao empresariado brasileiro, presente há tempos longínquos, é a obtenção de financiamento a custos razoáveis para o fomento de suas atividades.

Segundo informações divulgadas pelo Banco Central do Brasil, o saldo das operações de crédito do SFN alcançou R$ 4 trilhões em novembro de 2020, sendo que a taxa média de juros das concessões de crédito nesse mesmo período alcançou o patamar de 18,7% a.a. Considerando-se, todavia, unicamente os crédito livres, em contraposição aos créditos direcionados, que se caracteriza como a modalidade creditícia em geral disponível ao empresariado de pequeno e médio portes, a taxa média atingiu o valor de 26,3% a.a (Banco Central do Brasil – Nota à imprensa – 23.12.2020).

Observa-se, portanto, que os custos de captação de recursos no mercado financeiro para obtenção de capital de giro são ainda, em certa medida, impeditivos para o micro, pequeno e médio empresariado brasileiro. Em decorrência desse fato, faz-se mister a busca de fontes alternativas de captação para esse segmento social.

Nesse diapasão, o mercado de securitização de recebíveis tem se mostrado como uma alternativa merecedora de atenção, em virtude de diversas características que suas operações apresentam, as quais permitem maior flexibilidade ao devedor para negociação junto aos futuros credores.

Conforme pretende-se demonstrar nesse trabalho, essas peculiaridades existentes nas operações de securitização justificam a ação estatal, no sentido de estimular essa prática como fonte alternativa de captação de recursos para o empresariado brasileiro.

Essa espécie de tutela estatal se mostra ainda mais significativa na atualidade, em que as inovações digitais, advindas após o surgimento da internet, têm permitido tanto o aprimoramento quanto a redução significativa dos custos nos mecanismos necessários à estruturação das operações de securitização de recebíveis.

Faz-se necessário, todavia, preliminarmente, expor quais seriam as vantagens dos instrumentos de securitização frente às formas tradicionais de financiamento existentes no mercado financeiro. Questão que será discorrida a seguir.

1. As vantagens da securitização de recebíveis como fonte alternativa de recursos para o empresário de micro, pequeno e médio portes

O mercado de securitização, embora ainda relativamente pequeno em comparação ao mercado financeiro tradicional, tem chamado a atenção de empresas, especialmente daquelas de micro, pequeno e médio portes como um instrumento alternativo de captação de recursos.

Pode-se afirmar que um dos principais pontos de atenção do mercado de securitizações diz respeito à flexibilidade existente nesse instrumento, permitindo que suas estruturas se moldem conforme os legítimos interesses das partes envolvidas, sejam elas tanto empresário interessado em captar recursos para seu empreendimento, quanto os prestadores de serviços envolvidos, tais como os custodiantes, administradores, distribuidores, agências de classificação de riscos, estruturadores, entre outros (CANÇADO e GARCIA, 2007, p. 3).

Ao se observar o cenário internacional, conclui-se facilmente que o mercado de securitizações desempenhou papel fundamental nas economias desenvolvidas em todo o mundo, ainda que a maior parte as operações (75% do volume global) tenham sido executadas no Estados Unidos da América (VENDROSSI, 2004, p. 9 e 10).

A securitização se trata de uma operação complexa, por meio da qual ocorre a segregação de uma carteira de valores a receber, os quais, sem a implementação essa estrutura, não teriam liquidez imediata para o titular desses ativos. Feita a referida segregação, é criado, especificamente e exclusivamente para a finalidade de estruturar a operação, um veículo, que pode se apresentar como um fundo ou uma companhia securitizadora. Esta carteira de recebíveis serve de lastro à emissão de títulos no mercado de capitais, que, quando adquiridos por investidores, farão com que a operação tenha atingido seu escopo, qual seja, a capitalização do credor por meio da antecipação de receitas (REIS, 2019, p. 204).

José Alves Ribeiro Júnior constrói um conceito que abarca as características desse negócio jurídico em sua completude, ao definir a operação de securitização como a

> conjugação de dois conjuntos de negócios jurídicos distintos para a produção de um fim comum: o primeiro será o conjunto de contratos que formalizará a aquisição, por qualquer meio, de direitos sobre entradas de caixa futuras (recebíveis) por um veículo de propósito específico (VPE), o qual pode adotar variadas formas jurídicas (como sociedade de propósito específicos ou fundos de investimento no Brasil); e o segundo será o conjunto de negócios jurídicos pelos quais se operará a aquisição pelo VPE, cujos pagamentos serão condicionados (econômica e/ou juridicamente) primariamente ao recebimento dos pagamentos do recebíveis que os lastreiam (JÚNIOR, 2020, p. 183).

Conforme afirmado anteriormente, especialmente da perspectiva do empresário que visa captar recursos, a securitização traz uma série de vantagens em relação às formas tradicionais de financiamento no mercado financeiro. Convém, neste momento, enumerar algumas dessas vantagens que se mostram mais relevantes.

A primeira vantagem é que o empresário o qual, por meio da securitização, obtém capital de giro a partir da cessão de seus recebíveis, consegue ter acesso ao mercado de capitais sem a necessidade de ter de se constituir na forma de uma sociedade anônima de capital aberto.

Outra vantagem muito comum, especialmente para pequenos fornecedores de grandes redes varejistas, é que, nas operações de securitização, os devedores das carteiras dos cedentes costumam ter uma classificação de risco de crédito mais elevada do que a da empresa cedente que almeja captar os recursos.

Nessas situações, os investidores mensuram o risco de crédito com base na classificação de risco da carteira cedida e não com base no histórico do cedente. Com isso, o empresário consegue recursos um custo de captação menor do que obteria se tentasse um empréstimo diretamente junto a uma instituição financeira tradicional.

Além disso, ao ceder recebíveis em uma operação de securitização, em geral, o empresário não precisa oferecer garantias adicionais, se não aquela presente no art. 295 do código civil, qual seja, a existência do crédito ao tempo a cessão.

Dessa forma, o empresário-cedente dos recebíveis não compromete outros ativos próprios do seu patrimônio como garantia na obtenção de recursos líquidos de curto prazo. Uma situação muito diversa, cabe ressaltar, daquela usualmente observada em operações de crédito no mercado financeiro tradicional, no qual, com frequência, é exigido do tomador apresentar diversas forma de garantias, tanto fidejussórias quanto reais.

Outra vantagem é a melhoria do perfil de endividamento da empresa captadora de recursos na securitização. Há muitas situações em que as empresas já captaram recursos em dívida (p.ex., por emissão de debêntures ou por obtenção de empréstimos bancários). Muitas vezes essas entidades têm de cumprir certos índices financeiras como, por exemplo, um limite de endividamento máximo, por exigência de seus credores, temerosos de um futuro inadimplemento.

Um relevante benefício da securitização, nesses cenários, é que, por se caracterizar como uma venda de ativos, trata-se de uma forma de captação que não necessariamente envolve um endividamento. Dessarte, as operações de securitização permitem ao empresário a captação de recursos sem comprometimento dos limites máximos permitidos para seus índices financeiros, anteriormente assumidos junto a credores.

Há ainda diversos outros benefícios que poderiam ser apresentados a respeito das operações de securitização, todavia, em privilégio da objetividade, cabe apontar mais um que tende a ser uma peculiaridade do mercado brasileiro: os incentivos fiscais.

Há diversas operações de securitizações no mercado nacional que contam com incentivos fiscais específicos que são percebidos pelo cedente. Nestas situações é comum o benefício da isenção de imposto de renda para o investidor, o que acaba repercutindo em um custo de captação menor para o empresário. Esse benefício fiscal, portanto, acaba sendo compartilhado entre investidor e empresário cedente.

A despeito das relevantes vantagens supracitadas, o mercado de securitizações não teria ganhado impulso nos últimos anos sem o advento das inovações digitais desta década e, também, sem o surgimento das entidades que mais souberam aproveitar essas novas tecnologias no mercado financeiro e de capitais: as *fintechs*.

Convém, portanto, discorrer sobre essa questão.

2. O papel das inovações digitais e das *fintechs* como impulsionadoras do mercado de securitização de recebíveis

A partir século XX, com advento de um ambiente de maior disponibilidade e facilidade de acesso a determinadas tecnologias, como *smartphones* com acesso à internet, que culminaram na sua popularização no início do século XXI, diversas novas empresas, conhecidas como *startups*, passaram a enxergar novas oportunidades em segmentos já consolidados.

Essas tecnologias têm como marca registrada, em alguns casos, o potencial de provocar mudanças disruptivas no mercado, o que estimula, conforme acima relatado, o interesse de novos entrantes, que desafiam os negócios tradicionais das instituições incumbentes.

Uma das tecnologias que capturam bem essas características disruptivas são as internacionalmente conhecidas como tecnologias DLT, acrônimo do termo inglês *Distributed Ledger Technology*, as quais têm como seu mais famoso representante o *blockchain*.

O *blockchain* funciona como um grande livro contábil virtual, originalmente criado com a função de registrar transações do ativo virtual bitcoin (NORMAN, 2018, p.9). Essa estrutura colaborativa funciona de maneira que todos os membros da rede possuam uma cópia do *blockchain* em seu dispositivo eletrônico, de forma que qualquer transação inválida seja automaticamente evidenciada por todos, ou seja, nada pode ser alterado na rede sem o consenso dos demais participantes (CAMPOS, 2018, p. 593).

Essas tecnologias promoveram um círculo virtuoso na promoção de inovações digitais em diversas áreas. No universo financeiro, por exemplo, as novas possibilidades abertas por essas inovações exerceram uma pressão sobre mercado de negociações de recebíveis, provocando uma aceleração do processo de desmaterialização dos títulos de crédito junto ao Congresso Nacional brasileiro.

Os títulos de crédito são uns dos principais instrumentos de circulação de riqueza nas economias do mundo moderno, assegurando a transferência dos direitos creditórios nele descritos com o máximo de simplicidade e segurança (TOMAZETTE, 2009, p. 4-8).

A desmaterialização dos títulos de crédito trata-se de um movimento legislativo que busca trazer segurança jurídica no país para a circulação do título

de crédito tendo um suporte integralmente digital, em contraposição à cártula (PARENTONI, 2014, p. 425).

De fato, entre as *startups* que melhor se utilizaram dessas inovações supracitadas destacam-se as intituladas pelo mercado como *fintechs* de crédito.

No Brasil, as *fintechs* de crédito foram regulamentadas por meio da Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018. Esse normativo criou e dispôs sobre o funcionamento de duas novas instituições financeiras: a sociedade de crédito direto (SCD) e a sociedade e empréstimo entre pessoas (SEP).

A SCD, além de realizar operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como origem capital próprio, pode prestar apenas os seguintes serviços: análise de crédito para terceiros; cobrança de crédito de terceiros; atuação como representante de seguros na distribuição de seguro relacionado com as operações por ela concedidas por meio de plataforma eletrônica, nos termos da regulamentação do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP); e emissão de moeda eletrônica e de instrumento pós-pago, nos termos da regulamentação em vigor.

A SEP, além de realizar operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, pode prestar apenas os seguintes serviços: análise de crédito para clientes e terceiros; cobrança de crédito de clientes e terceiros; atuação como representante de seguros na distribuição de seguro relacionado com as operações por ela intermediadas, nos termos da regulamentação do CNSP; e emissão de moeda eletrônica, nos termos da regulamentação em vigor.

Essas instituições têm como característica marcante o uso intenso de tecnologia no processo de seleção e aprovação dos créditos concedidos, e, ainda, o uso constante dos mecanismos de securitização, por meio da cessão de seus recebíveis a veículos já mencionados como representativos nesse mercado, quais sejam, os fundos de investimentos e as companhias securitizadoras.

A forma de operar das *fintechs* de crédito permitem, em geral, certo dinamismo e redução de custos operacionais que viabilizam a realização de transações com um segmento social comumente excluídos dos mercados financeiros tradicionais, que são os micro, pequenos e médios empresários.

As características de funcionamento dessas entidades, pelas suas peculiaridades, acabam provocando impactos positivos na circulação do crédito no país por intermédio do mercado de securitizações de recebíveis. A despeito dessa peculiaridade, não se pode negligenciar ou subestimar o papel do Estado-regulador na redução de assimetrias e de mitigação de falhas de mercado, com fim de assegurar esse círculo virtuoso estabelecido pelas *fintechs*.

A esse respeito, existem instrumentos de que o Estado pode se utilizar para potencializar os instrumentos de financiamento de operações no mercado de crédito por meio dos mecanismos de securitizações recebíveis. Tema abordado na próxima seção.

3. A atuação do Estado-regulador e a construção de mecanismos de fomento ao mercado privado de securitização

As inovações tecnológicas digitais e as *fintechs* tiveram, como visto neste trabalho, um papel crucial de impulsionador do mercado de securitização de recebíveis como um instrumento alternativo de captação.

Ocorre, todavia, que, mesmo com o advento dessas inovações tecnológicas e societárias, o papel do Estado-regulador no fomento desse mercado não pode ser negligenciado. A despeito das iniciativas surgidas originalmente do mercado privado, caso o Estado mantenha-se inerte ou adote uma postura excessivamente conservadora, apegada a instrumentos regulatórios do passado, certamente os esperados efeitos benéficos advindos das inovações já mencionadas seriam muito mitigados.

Felizmente, tanto no Brasil quando no mundo, parece que diversos reguladores estão cientes da importância de seu papel em aproveitar as mudanças dessa nova era.

Diversas jurisdições, inclusive a brasileira, têm buscado alinhamento internacional com vistas a potencializar os efeitos positivos das inovações tecnológicas digitais e a participação das *fintechs* em seus mercados de forma relativamente harmônica.

A esse respeito, cabe citar pelo menos três iniciativas adotadas pelos reguladores financeiros que têm se espelhado no cenário internacional e que estão sendo implementadas no Brasil, as quais merecem o devido destaque pelos seus potenciais efeitos promissores sobre o mercado de securitizações de

recebíveis. São essas três iniciativas o *Sandbox* Regulatório, o *Open Banking* e a Análise de Impacto Regulatório.

O *Sandbox* Regulatório é um ambiente em que entidades são autorizadas pelo Estado-regulador para testar, por período determinado, projeto inovador na área especializada, observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades (Banco Central do Brasil – *Sandbox* Regulatório (com adaptações) – 10.01.2021).

Esse instituto foi idealizado e aplicado no Reino Unido no ano de 2015, espalhando-se rapidamente por diversas jurisdições do planeta. O *Sandbox* Regulatório pode ser didaticamente descrito como um possível caminho para o reencontro entre o Direito e as necessidades impostas pela sociedade e mercado (FEIGELSON, 2020, p. 106).

De fato, uma vez que o *Sandbox* Regulatório permite que a empresa oferte produtos e serviços a clientes reais na economia, sob a supervisão e acompanhamento do regulador, os eventuais riscos jurídicos de uma punição administrativa por parte do Estado estariam mitigados por esse acompanhamento contínuo. Em contrapartida, o regulador assegura segurança nas operações contra falhas ou efeitos adversos que afetem o mercado ou os consumidores.

Essa característica do *Sandbox* é de grande valia como ação proativa do Estado no estímulo ao mercado de securitizações porque essas operações compõem um ramo da economia cuja prosperidade depende, fortemente, da absorção, por seus agentes, dos modelos inovadores disponíveis aos mercados financeiros e de capital.

No Brasil, o *Sandbox* Regulatório foi regulamentado, no âmbito dos mercados financeiros e de pagamentos, respectivamente pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, por intermédio da Resolução CMN nº 4.865 e da Resolução BCB nº 50, ambas de 16 de dezembro de 2020.

Outro instrumento recém instituído no mercado brasileiro pelo regulador do mercado financeiro, que também tem ganhado adesão no cenário internacional, em especial o europeu, é o *Open Banking*.

Nas palavras do Banco Central do Brasil, o *Open Banking*, ou Sistema Financeiro Aberto, é o compartilhamento padronizado de dados, produtos e serviços por meio de abertura e integração de sistemas, com o uso de interface

dedicada para essa finalidade, por instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, de forma segura, ágil e conveniente (Banco Central do Brasil – Perguntas e Respostas – *Open Banking* – 10.01.2021).

Observe que essa iniciativa tem um efeito extremamente benéfico para o mercado de securitizações de recebíveis por se tratar de um mercado com intenso fluxo pagamentos e de informações entre diferentes agentes envolvidos. A flexibilização, o aumento na segurança e o aumento no compartilhamento dessas informações tende a reduzir custos e a trazer maior segurança na mensuração dos riscos dos recebíveis-lastro dos títulos adquiridos pelos investidores no mercado de securitizações.

No Brasil, o *Open Banking* foi regulamentado, pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, por intermédio da Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020.

A terceira iniciativa, também classificada no rol de ações proativas por parte do Estado com potenciais benefícios ao mercado privado, incluído nesse âmbito o mercado de securitizações, é a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Instituída como um procedimento obrigatório em território nacional pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e regulamentada pelo Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, a AIR foi conceituada, no art. 2º, inciso I, deste ato normativo como o "procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão".

A importância para o mercado de securitizações do uso obrigatório desse instituto pelos reguladores, especialmente no setor financeiro, é a maior segurança jurídica, previsibilidade e proporcionalidade na construção e adoção de parâmetros regulatórios para o segmento.

Nada é mais nocivo ao mercado de investimento do que a incerteza jurídica e, dessa forma, é fundamental que o Estado-regulador tenha uma postura proativa na construção de um arcabouço jurídico e regulamentador eficiente, proporcional e que traga segurança para os agentes envolvidos, especialmente os para investidores e os consumidores dos produtos e serviços financeiros.

Em um cenário mundial de mudanças constantes em decorrência das inovações tecnológicas e da atuação de novos entrantes, especialmente das *fintechs*, essa postura proativa estatal ganha relevância.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou trazer luz à importância de se impulsionar um importante e emergente instrumento alternativo de financiamento ao empresário no mercado brasileiro: a securitização de recebíveis.

Ressaltou-se a antiga e persistente dificuldade que determinados segmentos do empreendedorismo enfrentam em obter capital de giro para os seus negócios ou que, quando o obtêm, o crédito é ofertado a custos proibitivos.

Conforme foi argumentado neste artigo, as inovações tecnológicas do mundo digital das últimas décadas, em ação conjunta com as *fintechs* de crédito, trouxeram novo impulso ao mercado de securitização, tão promissor, especialmente para um público tão carente de financiamentos a preços razoáveis, que é o segmento do micro, pequeno e médio empresários.

Tecnologias *distributed legder*, como o *blockchain*, aliadas às instituições financeiras classificadas como *fintechs* de crédito brasileiras, abrem novas perspectivas de redução de patamares do tão famoso *spread* bancário brasileiro.

Este trabalho, todavia, tenta trazer um alerta adicional, no sentido de que, a despeito dos benefícios obtidos por meio das inovações tecnológicas produzidas no mercado privado, é essencial um papel proativo por parte do Estado-regulador para que os efeitos positivos esperados se consolidem como um círculo virtuoso.

Dessa forma, o Estado pode, e deve, fazer uso dos instrumentos a sua disposição para realizar essa tarefa desafiadora. No Brasil, três desses instrumentos já estão sendo implementados, são eles o *Sandbox* Regulatório, o *Open Banking* e o AIR.

Certamente, não há garantias de que essas ações produzam o impacto esperado no curto prazo, mas certamente a ausência delas, ou seja, a inércia estatal, promoveria a certeza de retrocesso no cenário de financiamento ao pequeno e médio empreendedor.

REFEFÊNCIAS

Banco Central do Brasil – Nota à imprensa – 23.12.2020, Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/estatisticas/historicoestatisticas>, Acesso em: 02 Jan. 2021, 17:55:00.

Banco Central do Brasil – Perguntas e respostas – *Open Banking*, Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/openbanking >, Acesso em: 10 Jan. 2021, 17:35:00.

Banco Central do Brasil – *Sandbox* Regulatório, Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sandbox >, Acesso em: 10 Jan. 2021, 16:43:00.

CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e blockchain – O direito no mundo digital. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018.

CANÇADO, Thaís Romano; GARCIA, Fábio Gallo. Securitização no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FEIGELSON, Bruno; Leite, Luiza. Sandbox: experimentalismo no direito exponencial . Edição do Kindle.

JÚNIOR, José Alves Ribeiro. Securitização de Recebíveis. São Paulo: Ed. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2020.

NORMAN, Alan T. Mastering bitcoin for starters – Bitcoin and cryptocurrency Technologies, mining, investing and trading.

PARENTONI, Leonardo Netto. A duplicata virtual e os títulos de crédito eletrônicos. Revista da Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, n. 65, pp. 409 - 465, jul./dez. 2014.

REIS, Leonardo Teixeira. Securitização de Recebíveis: Aplicabilidade e Fundamentação Jurídica. JuriSearch. Edição do Kindle.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Títulos de Crédito – volume 2. Editora Atlas S.A. São Paulo.

VENDROSSI, Alessandro Olzon. A securitização de recebíveis imobiliários: uma alternativa de aporte de capitais para empreendimentos residenciais no Brasil, 2002, Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica na Universidade de São Paulo, São Paulo.

GT 13

La conservación del medio ambiente, el desafío climático y los conflictos socioambientales: respuestas desde AL y Europa

COORDINACIÓN: Alba Simon (UNIRIO), Napoleão Miranda (UFF) y Xira Ruiz Campillo (UCM-UNISCI)

DESCRIPCIÓN: El grupo de trabajo tratará de conocer y discutir la investigación sobre la conservación del medioambiente, el desafío del cambio climático y los conflictos socioambientales desde las disciplinas de las Relaciones Internacionales, el Derecho Internacional, la Ciencia Política y la Sociología. Con el fin de cambiar el foco de lo descriptivo a lo proactivo, serán especialmente bien recibidos aquellos trabajos relacionados con las respuestas que se dan a estos desafíos desde América Latina y Europa. Los impactos del medioambiente, y en especial el cambio climático, han despertado un enorme interés no solo entre académicos, sino también entre gobernantes, empresarios y sociedad civil. La propiedad, la gestión de los recursos naturales y los enormes intereses y actores que giran en torno a los mismos ha llevado a no pocos conflictos socioambientales, donde se reflejan las costumbres en la toma de decisiones (planificación, legislación y gestión) de los territorios urbanos y rurales. Este tipo de conflictos se centran no solo en disputas sobre usos, posesión, apropiación, propiedad, planificación y gestión de territorios, sino también en las implicaciones en la calidad y los medios de vida de sus habitantes. Las diferentes políticas de conservación de la naturaleza, especialmente las relacionadas con el cambio climático, en desarrollo en América Latina y Europa deben ampliar el diálogo para ajustar la acción conjunta frente al actual panorama político. Estos son los temas que impregnan la propuesta de organización de este GT que, desde un enfoque interdisciplinario y centrado en estudios de casos, busca analizar la contribución de diferentes perspectivas teóricas, metodológicas y prácticas para la comprensión de estos desafíos.

LAS CONTRIBUCIONES DETERMINADAS A NIVEL NACIONAL EN EL MARCO DEL ACUERDO DE PARÍS AMÉRICA LATINA Y UE: estudio de casos

Antonio Jesús Rodríguez Redondo
Universidad de Huelva, contratado predoctoral Departamento Derecho Público y Trabajo, Derecho Internacional Público, Huelva, España
antonio.rodriguez@dpub.uhu.es

Resúmen: El cambio climático ha supuesto un problema prioritario debido tanto a la generalización de sus impactos como a la complejidad para la adopción de acciones que ayuden a su mitigación y adaptación, en un mundo en el que se da una concurrencia de intereses, tanto estatales como de otros actores que cada vez tienen más relevancia. En este sentido, el Derecho Internacional Público se ha visto desbordado a la hora de abordar esta materia que se encuadra dentro de una rama tan innovadora como es el Derecho Internacional del Medio Ambiente. Es por ello que, cada vez con más frecuencia, se ha recurrido a la disciplina de las Relaciones Internacionales para buscar explicaciones a las soluciones que se aportan en esta área. Desde el constructivismo, como teoría de las Relaciones Internacionales, se ha aportado una visión integral que ayuda a entender, por un lado, la evolución en las negociaciones climáticas y, por otro lado, los compromisos de mitigación y adaptación que los Estados aportan a través de la presentación de sus Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional, tal como lo establece el Acuerdo de París. Estas contribuciones van a incluir tanto los objetivos de reducción incondicionales como aquellos que están sujetos a concurrencia de ciertas condiciones para su consecución y, en consecuencia, aumentar el nivel de ambición. En esta línea, parece adecuado realizar un estudio de casos de las Contribuciones Nacionales de los Estados de América Latina –mayoritariamente defensores de la responsabilidad histórica que tienen los Estados desarrollados- y la establecida por la Unión Europea –como organización internacional de integración que aspira a tomar el liderazgo en las negociaciones climáticas-. Este estudio, por consiguiente, va a determinar en qué medida se está llegando a un entendimiento compartido para avanzar en las soluciones al problema.

Palabras-clave: Contribuciones Nacionales; Acuerdo de París; Cambio Climático.

Abstract: Climate change has been a priority problem due to both the generalization of its impacts and the complexity for the adoption of actions that help to mitigate and adapt it, in a world in which there is a concurrence of interests, both state and government and other actors that are increasingly

relevant. In this sense, Public International Law has been overwhelmed when it comes to dealing with this matter, which is framed within a branch as innovative as International Environmental Law. That is why, with increasing frequency, the discipline of International Relations has been used to seek explanations for the solutions that are provided in this area. From constructivism, as a theory of International Relations, a comprehensive vision has been provided that helps to understand, on the one hand, the evolution in climate negotiations and, on the other hand, the mitigation and adaptation commitments that the States They contribute through the presentation of their Nationally Determined Contributions, as established by the Paris Agreement. These contributions will include both unconditional reduction objectives and those that are subject to the concurrence of certain conditions for their achievement and, consequently, increase the level of ambition. In this line, it seems appropriate to carry out a study of cases of the Nationally Contributions of the Latin American States - mainly defenders of the historical responsibility that developed States have - and the established by the European Union - as an international integration organization which aspires to take the lead in the climate negotiations. This study, therefore, will determine to what extent a shared understanding is being reached to advance solutions to the problem.

Key-words: National Contribution; Paris Agreement; Climate Change

1. INTRODUCCIÓN

El cambio climático, como problema global que requiere de acciones ambiciosas por parte de la comunidad internacional, se ha convertido en uno de los retos a abordar de manera urgente. Esta urgencia deviene de los fuertes impactos generalizados, que pueden tener sobre las condiciones de vida de sus habitantes, según los diferentes escenarios de aumento de temperatura que el Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés). Pero, aún cuando la certeza científica en la evaluación de los impactos generados por el incremento de temperatura es cada vez mayor, los objetivos de reducción asumidos por los Estados Partes en el AP se están revelando insuficientes, por un lado, porque los compromisos adquiridos a través de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (CDNN) no están en la línea de conseguir los objetivos establecido en el artículo 2 del Acuerdo y, por otro lado, porque los compromisos más ambiciosos forman parte de las denominadas CDNN condicionadas.

Las negociaciones climáticas, reflejo de la evolución del régimen jurídico internacional en materia de cambio climático, se han visto estancadas principalmente por dos cuestiones fundamentales. Por una parte, el establecimiento de un objetivo sobre el mantenimiento de la temperatura media mundial para que no se ponga en peligro el sistema climático y, por otra parte, la interpretación del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas (RCD-RC), incluido desde los inicios en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio climático (CMNUCC)[1]. En este contexto, el análisis comparativo de las CDNN de los Estados de América Latina y la contribución propuesta por la Unión Europea (UE) puede constituir una base para determinar el grado en que el diálogo ha sido fructífero en el avance en la toma de acciones para afrontar el problema y las oportunidades que puede ofrecer un diálogo reforzado entre los citados Estados y la organización internacional de integración.

Este análisis comparativo incluye, tanto Estados incluidos en el listado del Anexo I de la CMNUCC (Estados desarrollados) como aquellos no incluidos (en desarrollo), Estados que pertenecen a grupos de negociación o foros variados, tanto formales como informales, como el G-77 y China, Grupo BASIC, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), la Asociación Independiente de América Latina y el Caribe (AILAC), el Sistema de Integración Centroamericana (SIC), los Países Menos Desarrollados (PMD), la Alianza de los Pequeños Estados Insulares (AOSIS), el Grupo de Integridad Ambiental (GIA), Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEC), el Grupo de Estados en Desarrollo Afines en Cambio Climático (LMDCs, por sus siglas en inglés), el Diálogo de Cartagena para la Acción Progresiva (DC), la Coalición de Estados con Bosques Tropicales (CfRN), la Alianza de Durban (AD), el Foro de la Vulnerabilidad Climática (FVC) y, por último, la UE, en contraposición con el denominado Grupo Umbrella, integrado por Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón y Nueva Zelanda (JUSCANZ).

Es por ello que, ante la fragmentación de intereses y el acuciante problema climático, la hipótesis de la que se va a partir es que, sobre la base de un entendimiento compartido, se ha podido dar un avance sustancial en las

[1] La CMNUCC fue aprobada en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 9 de mayo de 1992. Entró en vigor el 21 de marzo de 1994, de acuerdo con su artículo 23.1. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771. Actualmente son 195 los Estados Partes (https://treaties.un.org; última consulta, el 9 de agosto de 2020).

negociaciones climáticas, dando como resultado el Acuerdo de París (AP) y que requiere ser mantenido para su correcta implementación[2]. Para lograr confirmar o no esta hipótesis, nos vamos a valer de una serie de objetivos: analizar el avance científico respecto de la certidumbre del cambio climático, analizar la evolución en la interpretación del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las respectivas capacidades y, por último, analizar el contenido de las CDNN de los Estados que se encuentran dentro del ámbito espacial elegido. Para lo cual, se va a utilizar un método inductivo que permita extraer conclusiones generales a partir de un estudio del contenido de las CDNN, centrándonos principalmente en: objetivos que se establecen –diferenciando entre objetivos condicionales o incondicionales -, año base de comparación, acciones de mitigación y adaptación aportadas, sectores económicos implicados y gases de efecto invernadero (GEI) que se van a reducir mediante dichas acciones.

2. EL AVANCE EN LA CERTIDUMBRE CIENTÍFICA

El IPCC, desde su creación en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP, por sus siglas en inglés), ha centrado sus esfuerzos en ofrecer información científica sobre el cambio climático para que sirva de base para el desarrollo de políticas climáticas[3]. Naciones Unidas no se hizo esperar e hizo suya, mediante resolución, la medida de creación de este organismo para la evaluación científica de la "magnitud de los cambios climáticos[4]. Hasta la fecha, ha producido un total de cinco informes de evaluación. Por ello, la certidumbre sobre los efectos del cambio climático, que se derivan en función de los distintos escenarios de temperatura global que pueden alcanzarse dependiendo de los niveles de GEI emitidos a la atmósfera, conduce a la necesidad de llegar a soluciones globales por parte de la Comunidad Internacional. Esta certidumbre

[2] El AP de la CMNUCC, fue adoptado en París, el 12 de diciembre de 2015. United Nations, *Treaty Series*, No. 54113. De acuerdo con su artículo 20, se abrió a la firma desde el 22 de abril de 2016 hasta el 21 de abril de 2017. Conforme su artículo 21.1, entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. Actualmente son 189 Estados Partes (https://treaties.un.org; última consulta, el 9 de agosto de 2020).

[3] El IPCC tiene actualmente 195 miembros pertenecientes a aquellos Estados que son Partes de las Naciones Unidas o de la OMM.

[4] Res. A/RES/43/53, de 5 de diciembre de 1988, sobre la Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras.

científica, además, aporta una mayor presión a los Estados para que refuercen su ambición (VICTOR, 2011, p. 204-205) y, de esta manera, llegar lo antes posible al pico máximo de emisión de GEI, reducir los niveles de emisión y llegar al cero neto de emisiones, seguir implementando medidas de adaptación y, en los casos en los que la adaptación se vuelve insuficiente, establecer mecanismos de compensación por daños y pérdidas.

En el período previo a la celebración de la Cumbre de la Tierra de Río, en 1992, dos son los hitos más destacables: por un lado, el primer informe del IPCC es publicado en 1990 y, por otro lado, la ONU, aprobó la resolución A/RES/43/53, en la cual "[a]lienta la convocación de conferencias sobre cambios climáticos, en particular sobre el recalentamiento de la atmósfera en todo el mundo". Este proceso negociador, concluiría con su primer resultado en 1992: la CMNUCC. La falta de un profundo entendimiento compartido hizo que el resultado se configurara como un Tratado Marco, que supone el mínimo común denominador (JUSTE, 2014, p. 65 y ss.; BRUNNÉE, J., p.189, 194). A partir de estas bases normativas poco sustantivas e institucionales, las negociaciones se centraron en lograr un instrumento internacional conexo vinculante que diera cumplimiento a las bases sentadas en este primer instrumento jurídico[5].

El segundo informe del IPCC se publicó en 1995, año en el que se acuerda, mediante una decisión de la Conferencia de las Partes (COP), la necesidad de adoptar un protocolo u otro instrumento jurídico[6]. Este informe muestra las incertidumbres y limitaciones existentes en la evaluación de la influencia humana en el clima global (IPCC, 1996, p. 5). A pesar de la falta de certeza, dos años bastaron para lograr la adopción del primer instrumento conexo a la CMNUCC para darle operatividad. Esta cuestión pone de relieve el carácter poliédrico que el entendimiento compartido requiere, pues, a pesar de este avance en el régimen jurídico internacional en materia de cambio climático, el PK no entró en vigor hasta 2005. Asimismo, la Enmienda de Doha a este protocolo, cuyo objetivo principal es el establecimiento del segundo período de

[5] El PK de la CMNUCC, fue adoptado en Kioto, el 11 de diciembre de 1997. United Nations, *Treaty Series*, No. 30822. De acuerdo con el artículo 24.1, se abrió a la firma desde el 16 de marzo de 1998 hasta el 15 de marzo de 1999. Conforme a sus artículos 25.1 y 25.3, entró en vigor el 16 de febrero de 2005. Actualmente son 192 Estados Partes (https://treaties.un.org; última consulta, el 9 de agosto de 2020).

[6] Decisión 1/CP.1, Mandato de Berlín, aprobada por la COP en su primer período de sesiones en Berlín, del 28 de marzo a 7 de abril de 1995.

compromisos de mitigación de GEI por parte de los Estados del Anexo I, aún no entrado en vigor, contando con un total de 140 Estados Partes que representan al menos el 12% de las emisiones GEI[7]. Además, por una parte, Estados del Anexo I, como Canadá, Japón, Estados Unidos, Federación Rusa y Nueva Zelanda, no se comprometieron con este segundo período de compromisos y, por otra parte, los Estados no incluidos en el Anexo I, con fuertes niveles de emisiones de GEI, como China, Brasil o India, no tienen compromisos de reducción.

Este carácter poliédrico que define el entendimiento compartido en materia climática, debido a su dependencia de un conjunto de factores, también puede verse reflejado en los resultados de la COP-15, celebrada en Copenhague del 7 al 18 de diciembre de 2009. La COP de Copenhague estuvo marcada por dos hitos: por un lado, el cuarto informe del IPCC no dejaba lugar a dudas que: "el calentamiento del sistema climático es inequívoco, como evidencian ya los aumentos observados del promedio mundial de la temperatura del aire y del océano, el deshielo generalizado de nieves e hielos, y el aumento del promedio mundial del nivel del mar" (IPCC, 2007, p. 2). Por otro lado, la Hoja de Ruta de Bali adoptada mediante la decisión 1/CP.13, teniendo en cuenta las conclusiones del Cuarto Informe de Evaluación del IPCC, dispuso la necesidad de intensificar las negociaciones para "llegar a una conclusión acordada" en la COP15 y de esta manera mejorar la cooperación internacional[8].

Ante estas evidencias, el negacionismo respecto a la realidad del cambio climático, se ha ido matizando según las bases científicas de los informes del IPCC se iban consolidando, incluso haciendo un reconocimiento expreso: "[t]omamos de que el último informe del IPCC apunta a la necesidad de respuestas políticas que coincidan con la ciencia del cambio climático", "(…) [s]in embargo, debemos equilibrar esto y enfatizar que estas respuestas políticas también deben abarcar los otros dos pilares del desarrollo sostenible (…)" (OPEP, 2007). Si bien es cierto que, a pesar de reconocer las evidencias científicas en materia climática, considera una prioridad el derecho al desarrollo, lo que implica que cualquier nuevo acuerdo no imponga "cargas económicas

[7] La Enmienda al PK, denominada como Enmienda de Doha, fue adoptada el 8 de diciembre de 2012, mediante la Decisión 1/CMP.8. Actualmente son 140 los Estados Partes (https://treaties.un.org; última consulta, el 10 de agosto de 2020)

[8] CMNUCC, FCCC/CP/2007/6/Add.1. Decisión 1/CP.13, Plan de Acción de Bali.

adicionales a los Estados en desarrollo", pues "el peor contaminante de todos" es la pobreza (OPEP, 20007).

Sin embargo, a pesar del avance científico, no se logró una conclusión vinculante en Copenhague. A través de una decisión se recurrió a la fórmula de "tomar nota" del Acuerdo, por lo que elude cualquier efecto vinculante para las Partes (RAJAMANI, 2020, p.69)[9]. Finalmente, el "Acuerdo" fue negociado por cinco Estados: China, Brasil, India, Sudáfrica y Estados Unidos (BRUNNÉE & TOOPE, 2010, p. 205) y su principal falta de entendimiento vino motivado por dos cuestiones: el enfoque *bottom-up* –a través de la presentación de metas cuantificadas de reducción de emisiones voluntarias a la Secretaría- y la configuración del principio RCD-RC (BRUNNÉE & TOOPE, 2010, p. 206).

A pesar de la diversidad de intereses en juego para lograr un resultado vinculante en Copenhague, se ha de advertir que se configuraría como una oportunidad para lograr un avance en unas negociaciones climáticas que acontecían bastantes estancadas. Uno de los entendimientos compartidos al que se llegó fue el de limitar la temperatura media anual por debajo de los 2ºC respecto a los niveles preindustriales, al que se le añadió que se "considera" reforzar el objetivo a un aumento de la temperatura del 1,5ºC[10]. Esta precisión, por un lado, va en la línea de la información científica recogida en el Cuarto Informe de Evaluación del IPCC y, por otro lado, abre la puerta a un cambio en el enfoque operativo basado en la temperatura, que se mantendría hasta el AP (JUSTE, 2018, p. 33-34).

El Quinto Informe del IPCC, publicado un año después de haberse logrado adoptar el segundo período de compromisos del PK, aún es más contundente que el anterior. Incide en que los cambios observados en el sistema climático pone de relieve que el calentamiento global es inequívoco y las causas son principalmente el incremento de emisiones GEI como resultado del crecimiento y demográfico (IPCC, 2013, p. 4). Por ello, los efectos se materializan en la generalización de una serie de impactos tanto en los sistemas naturales como humanos (IPCC, 2013, p. 15, 17). En este contexto, las negociaciones climáticas continuaron para alcanzar un resultado en 2015, ya

[9] CMNUCC, FCCC/CP/2009/11/Add.1. Decisión 2/CP.15, Acuerdo de Copenhague.
[10] *Ibidem*

fuera éste en forma de "protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal"[11].

De la indefinición del resultado a conseguir se infiere la diversidad de intereses de los Estados negociadores en presencia, pero que, según los avances científicos, el margen de discrecionalidad de los Estados, respecto al planteamiento de políticas climáticas, era menor y el resultado, el AP, pretende solucionar el estancamiento de las negociaciones. Pero esta solución, pasa por evaluar el grado de entendimiento compartido al que los Estados han llegado, que incide directamente en la debida diligencia que inicialmente los Estados reflejan en el nivel de ambición de sus propias contribuciones y, posteriormente, en los esfuerzos que han realizado para conseguir los compromisos adquiridos (RAJAMANI, 2020, p. 210).

En la COP 21, se invitó al IPCC a que preparara, en 2018, un informe sobre los efectos que produciría no limitar la temperatura a 1,5ºC respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias que las emisiones de GEI deberían seguir para ello[12]. Este informe especial, pone de relieve que, para que se consiga el objetivo de no sobrepasar los 1,5ºC, en 2030 se ha de haber reducido las emisiones de CO_2 en un 45% y, para 2050, alcanzar cero emisiones (IPCC, 2018, p. 14). Los beneficios de mantener una temperatura media mundial que no sobrepase los 1,5ºC, se ven reflejados en una disminución de los riesgos por fenómenos extremos, aumento del mar y seguridad alimentaria, así como una reducción de pérdida de biodiversidad y de los niveles de oxígeno en los océanos debido al aumento de su temperatura (IPCC, 2018, pp. 9 y ss.). Por ello, un menor calentamiento contribuiría a reducir la inversión en medidas de adaptación (IPCC, 2018, p. 12), así como en las inversiones derivadas por pérdidas y daños.

3. LA EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO RCD-RC

En torno a las negociaciones climáticas, la posición de los Estados miembros de la UE, como organización internacional de integración, ha sido

[11] CMNUCC, FCCC/CP/2011/9/Add.1. Decisión 1/CP.17, Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada.

[12] CMNUCC, FCCC7CP/2015/10/Add.1, Aprobación del Acuerdo de París

sólida. Sin embargo, su liderazgo negociador ha estado limitado debido a factores tanto internos como externos. Internamente, esta reducción en la capacidad de reacción en las negociaciones climáticas, se debe a la resistencia de ciertos Estados a aumentar el nivel de ambición. Es por ello que, el lograr una posición unificada que trascienda externamente, retrasa la respuesta durante el desarrollo de las negociaciones y, en consecuencia, dificulta su capacidad de tener un impacto significativo en el proceso negociador (YAMIN & DEPLEPGE, 2004, p. 34). Sin embargo, la posición mostrada por la UE, que ha trascendido externamente en las negociaciones climáticas, respecto al principio de las RCD-RC ha sido uniforme. La UE ha sido siempre defensora del modelo establecido por el PK, por lo que parte de una división de Estados desarrollados y Estados en desarrollo, lo que implica, por un lado, una aplicación asimétrica de obligaciones a nivel de mitigación, adaptación, creación de capacidad y financiación y, por otro lado, un enfoque *top-down* caracterizado por establecer compromisos cuantificados de reducción de GEI.

Por su parte, los Estados pertenecientes a América Latina se caracterizan por tener unas posiciones variadas en las negociaciones, este hecho se refleja en la pertenencia de estos Estados a diversos grupos o foros, tanto formales como informales. Todos ellos pertenecen al Grupo G-77 y China, aunque se ha de advertir que dentro de éste se encuentra una gran variedad de grupos y foros negociadores, fruto de la paulatina fragmentación de este numeroso grupo, que ha llevado sin duda a un aumento de la complejidad para abordar este problema global (MICHAELOWA, CASTRO & BAGCHI, 2013, p. 23). Dentro de este macrogrupo, no tiene representación en América Latina, se encuentra el grupo de PMD que, conformado por 47 Estados según el Comité de Políticas de Desarrollo (CPD, 2018, p.1), exigen medidas de mitigación racionalizada a través el principio de RCD-RC. Para ello, se ha de diferenciar entre Estados industrializados, Estados en transición, Estados de ingresos medios, Estados muy vulnerables y PMD (MICHAELOWA, CASTRO & BAGCHI, 2013, p. 29).

También dentro del macrogrupo se encuentra el Grupo ALBA al que pertenece, entre otros, Cuba, Venezuela, Bolivia, Nicaragua o Ecuador, parte de la premisa de la responsabilidad histórica que tienen los Estados desarrollados y son éstos los que tienen que asumir compromisos de reducción de GEI más ambiciosos. Su fuerte componente ideológico anticapitalista excluye que la consecución de los objetivos de reducción puedan ser alcanzados mediante mecanismos de mercado (MICHAELOWA, CASTRO & BAGCHI, 2013, p.

27). Una de las reivindicaciones que mantienen hace alusión a la importancia que le otorga a los derechos que tiene la "Madre Tierra" (RAJAMANI, 2020, p. 38).

En la misma línea, pueden destacarse dos nuevos grupos que surgieron para la defensa de intereses concretos, LMDC y BASIC. Anclado en la responsabilidad histórica, el grupo LMDC destaca la validez actual que la referencia que se hace en el preámbulo de la CMNUCC, en la que se toma nota de que, la mayor parte de las emisiones GEI, tanto históricamente como en la actualidad, proceden de los Estados desarrollados (LMDC, 2013, p. 5). Es por ello que el régimen de mitigación, en el contexto del principio de las RCD-RC y el principio de equidad, debe configurarse de tal manera que se garantice el "acceso equitativo al espacio atmosférico y el desarrollo sostenible para los Estados en desarrollo" (LMDC, 2013, p. 9). En este contexto, las acciones de mitigación no pueden suponer una traba a su desarrollo, por lo que no son proactivos a asumir mayores responsabilidades de las que ya están implementando y, en cualquier caso, el aumento de acciones de mitigación ha de contar financiación y transferencia tecnológica por aquellos Estados del Anexo I (TUDELA, 2014, p. 19).

Por su parte, el grupo BASIC, formado en 2009 y conformado por Brasil, Sudáfrica, India y China, centra su postura en el mantenimiento de una responsabilidad diferenciada, por lo que defienden que los Estados del Anexo I son los que han contribuido en mayor medida al problema global del cambio climático y, además, éstos no han tomado acciones ambiciosas que contribuyan a aportar una solución, por lo que son ellos los que han de reforzar los esfuerzos, en términos de compromisos, para mitigar el cambio climático. En la medida en que defiende una posición clásica del principio RCD-RC, les permite reclamar financiación y transferencia de tecnología para abordar los retos de mitigación y adaptación al cambio climático (TABAU & LEMOINE, 2012, p. 204).El BASIC no quiere ser visto como un grupo distinto al G-77 y China, esto les permite establecer una narrativa conforme a la de los Estados en desarrollo y, de esta manera, impulsar el principio de equidad y el derecho al desarrollo socioeconómico (TABAU & LEMOINE, 2012, p. 204). Al ser Estados con economías emergentes, su relato respecto a la defensa de la equidad, puede verse como todo un desafío y aún más cuando sus emisiones GEI han aumentado exponencialmente.

En contraste con estos grupos, encontramos la AILAC que, creado como grupo formal de negociación en diciembre de 2012 y compuesta por Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú, tienen una posición proactiva respecto a la toma de acciones de mitigación del cambio climático para "todas las Partes" (TUDELA, 2014, p. 21). Es un hecho que, a pesar de no estar incluidos en el Anexo I, Chile, Colombia, Panamá y Perú han contribuido al Fondo Verde para el Clima, sin tener una obligación internacional en virtud de la propia CMNUCC o el PK (WATT & DEPLEDGE, 2018, p. 8). En este sentido, no es baladí reseñar que Puerto Rico y Honduras se encuentran entre los Estados más afectados por eventos climáticos extremos en el período comprendido entre 1998 y 2017, mientras que, según el índice de Riesgo Climático Global para el año 2017, Puerto Rico y Perú se encontraban dentro de las cinco primeras posiciones (ECKSTEIN, KÜNZEL, SCHÄFER and WINGES, 2019).Por ello, en este contexto, el argumento que mantienen escapa, de esta manera, de la división diferenciada de Estados del Anexo I y Estados no incluidos en el Anexo I, acercándose a posturas más cercanas a la responsabilidad compartida (CASTRO, 2020, p. 46), que conlleva a una reinterpretación del principio de las RCD-RC que permita tender puentes entre todas las Partes, aportando una aproximación constructiva (WATTS and DEPLEDGE, 2018, p. 7).

Este grupo informal, que surgió tras el intento fallido de llegar a un resultado legalmente vinculante en la COP 15, ha tendido a cooperar de una manera más estrecha con la UE, como por ejemplo en el lanzamiento del denominado Diálogo de Cartagena (WATTS and DEPLEDGE, 2018, p. 4), en el que participan Estados de distintos niveles de desarrollo e integrados en diferentes grupos negociadores, a saber, Estados de la UE, AOSIS, AILAC o PMD. Su premisa, como se señaló en la intervención de Bangladesh en el segmento de alto nivel de la COP 18, es "comprender mejor las posiciones de las Partes y trabajar con el mejor espíritu para encontrar un terreno común" (BANGLSDESH, 2013).Su enfoque es romper la división Norte-Sur y tender puentes entre Estados desarrollados y en desarrollo, desde una posición más cercana a una responsabilidad compartida, más que diferenciada (BLAXEKJÆR & NIELSEN, 2014, p.8).

De todo ello, se puede desprender que existe, de forma general, un entendimiento compartido sobre reformular el principio de RCD-RC, apoyado por las evidencias científicas del IPCC que respaldan una mayor ambición para

evitar los fuertes impactos que genera el cambio climático. Si bien éste está supeditado a dos cuestiones: por un lado a la financiación, transferencia de tecnología y aumento de las capacidades –dado que los Estados desarrollados han de liderar las acciones para mitigar el cambio climático - y, por otro lado, a que exista una diferenciación conforme a las "respectivas capacidades, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales". De esta manera, el AP incorporó esta cuestión reafirmando el principio de diferenciación, pero aportándole un contenido más dinámico (MALJEAN, 2016, p. 152). Esta "autodiferenciación" se va a conseguir a través de de las propias CDNN, presentadas por los Estados Partes en el AP, que en el caso concreto de los Estados en desarrollo, contarán con el apoyo de los Estados desarrollados para la implementación de las medidas de mitigación contempladas (CASTRO, 2016, p. 383), a través de la transferencia de tecnología, construcción de capacidad y financiación. Pero esta autodiferenciación es "limitada", dado que las CDNN están relacionadas con el principio de progresión y la mayor ambición posible, así como con el liderazgo por parte de los Estados desarrollados (RAJAMANI & GUÉRIN, 2017, pp. 84-85).

4. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LAS CDNN EN LA UE Y AMÉRICA LATINA

La naturaleza jurídica de las CDNN ha sido controvertida, principalmente motivada por dos cuestiones. En primer lugar, por la denominación de "contribución", adoptada en la COP19 celebrada en Varsovia, en vez "compromiso", que aporta una mayor flexibilidad y no prejuzga "el tipo de acciones que los países decidieran asumir en el nuevo Acuerdo" (GODÍNEZ, 2018, p. 53). En segundo lugar, por la comunicación *ex ante*, a la adopción del AP, de las *contribuciones previstas y determinadas a nivel nacional* (CPDNN). Por ello, han sido consideradas como actos unilaterales o como acuerdos subsiguientes, en el sentido del artículo 31.2 (a) del Convenio de Viena sobre Tratados (VIÑUALES, 2016).

En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que las CDNN, incluso las CPDNN, son una parte que integra el AP (RODRIGO, 2018, p. 81), por lo que no pueden ser calificadas como actos unilaterales, pues un acto unilateral, como afirma Remiro Brotóns, se da "cuando un Estado no tiene un tratado al que asir sus pretensiones o normas generales en que ampararlas (…)" (BROTONS, 2007, p. 294). Por ello, la doctrina mayoritaria estima que se las

CDNN son obligaciones de conducta, no de resultado (WINKLER, 2017, p. 146; RAJAMANI & BRUNNÉE, 2017, p. 5; MAYER, 2018, p. 10; RODRIGO, 2018, pp. 79-81), consistentes en "preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar", según lo establecido en el artículo 4(2) del AP.

Más allá de la propia naturaleza jurídica de las CDNN, es interesante comprobar hasta qué punto conectan con un entendimiento compartido que permita una evolución en el régimen jurídico internacional en materia de cambio climático, que se traduzcan en esfuerzos normativos para lograr la obligación jurídica contenida en cada contribución nacional. Según la Teoría constructivista de las Relaciones Internacionales, mantenida por Brunnée y Toope, además del entendimiento compartido como base común para la aparición de una norma (BRUNNÉE & TOOPE, 2011, p. 16), es necesaria para que le aporte el plus de juridicidad, entre otras, una congruencia entre las normas y la acción (BRUNNÉE & TOOPE, 2010, p. 6), que se vincula con un tercer elemento, la práctica legal (BRUNNÉE & TOOPE, 2011, pp. 308, 312 y ss.). De esta manera, cuando la práctica legal es coherente con las normas, pueden llegarse a plantear una mayor ambición. En este sentido, las CDNN, como instrumentos jurídicos mediante el cual se contraen las obligaciones jurídicas internacionales, presentan unas características singulares que permite enlazar el segundo de los elementos, la congruencia entre las normas y la acción que se toma a nivel nacional, con el tercero de los elementos, la coherencia de la práctica en los distintos Estados.

La formulación de las CDNN es variada respecto a sus objetivos de mitigación, el año base e incluso la metodología utilizada, los GEI que pretenden reducir y los sectores que comprenden las acciones de mitigación. La Decisión 1/CP.21, que en su anexo contiene el AP, se limita a establecer que, las contribuciones determinadas "podrán" incluir el punto de referencia, los plazos de aplicación, el alcance y cobertura, los procesos de planificación, los enfoques metodológicos utilizados para estimar las emisiones de GEI y una exposición que justifique en qué medida la contribución es justa y ambiciosa[13]. Esta libertad de discrecionalidad permitida a los Estados en la formulación de sus propias CDNN, que se refleja en la Tabla I de este estudio, hace difícil la existencia de una homogeneidad que permita una comparación coherente. Desde el punto de vista de uno de los criterios de legalidad de Lon Fuller utilizados por Brunnée y

[13] CMNUCC, FCCC/CP/2015/10/Add.1. Decisión 1/CP.21, Aprobación del Acuerdo de París, pp. 5-6.

Toope, la claridad de las disposiciones, sería uno de los puntos débiles que ha de ser perfilado para generar una adhesión o "fidelidad" de los actores internacionales a la norma en el futuro (BRUNÉE & TOOPE, 2011, p. 312; BRUNÉE & TOOPE, 2010, p. 92).

Respecto a los compromisos de mitigación incluidos en las CDNN, tal como se refleja en la Tabla I se pueden diferenciar entre aquellos que son incondicionales de aquellos que están condicionados principalmente al apoyo financiero, la transferencia de tecnología y el aumento de las capacidades, como reflejo de la autodiferenciación del principio de las RCD-RC. Es por ello que, la cooperación internacional va a determinar en este sentido un mayor nivel de ambición en los esfuerzos de los Estados para mitigar el cambio climático. Asimismo, los compromisos pueden variar en función del GEI que aborde o el sector se ve afectado en la reducción de estos gases. No obstante, aunque no exista cierta homogeneidad, en líneas generales se puede hacer una distinción entre aquellos pertenecientes al grupo ALBA y el resto que pertenecen a la AILAC o bien al G-77 o al BASIC o al GIA.

De esta manera, siguiendo la Tabla I, Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela, no reflejan en sus CDNN metas cuantificadas incondicionales, tan sólo Ecuador presenta compromisos incondicionales de reducción de GEI. Por un lado, Ecuador y Venezuela son los únicos Estados pertenecientes a la ALBA que reflejan compromisos condicionados a la cooperación internacional para la financiación, transferencia de tecnologías y aumento de las capacidades. Por otro lado, salvo casos concretos como El Salvador y Panamá que no establecen metas cuantificadas ni condicionales ni incondicionales, presentan compromisos concretos de reducción de GEI. En esta línea, México que pertenece al GIA, sigue en su CDNN las pretensiones ambiciosas de su reducido grupo, comprometiéndose condicionalmente a llegar hasta un 40% de reducción de todos los GEI.

Esta tendencia que refleja una mayor voluntad en la contribución a mitigar el cambio climático, con el hecho de la adopción de un nuevo instrumento jurídico dentro del régimen climático internacional, nos permite afirmar que se están dando pasos hacia un entendimiento compartido, aunque esta afirmación ha de ser contrastada por la coherencia en las medidas normativas que los diferentes Estados que en este delimitado estudio se han considerado. Es por ello que, en la Tabla II, se ha realizado una recopilación de las normativas producidas por los distintos poderes legislativos, así como las

políticas en materia climática adoptadas desde el 2015, año en el que se adopta el AP. Esta tabla muestra que la mayoría de Estados han aprobado un Plan Nacional de Cambio Climático en el período de tiempo comprendido entre 2015-2020.

Asimismo, las medidas que más se están aprobando están relacionadas con la eficiencia energética y con la evitación de la deforestación. Un síntoma positivo que refleja la coherencia ente las medidas legislativas y la práctica, es la creación de nuevas instituciones para la aplicación de las políticas sobre cambio climático, este ha sido el caso de Argentina, Chile, Colombia, Panamá, Uruguay, Brasil y Costa Rica. Llama la atención estos dos últimos Estados, el primero de ellos, Brasil, mediante la derogación del Decreto nº 9.082 de 26 de junio de 2017, por el que se instituye el Foro Brasileño del Cambio Climático, lo que supone un retroceso en los canales que tiene la sociedad civil para su movilización y la discusión de acciones para hacer frente al cambio climático. Por su parte, la tasa de deforestación, que en el período 2004-2012 se había reducido, actualmente se está incrementando, hasta un 70% más que en 2018 (UNEP, 2019, p. 14). En este sentido, y teniendo en cuenta la reducción presupuestaria del Ministerio de Medio Ambiente (UNEP, 2019, 14), habrá que esperar los resultados que arrojan los siguientes años, respecto a la tasa de deforestación, tras la aprobación del Decreto nº 10144, de 28 de noviembre de 2019, que instituye el Comité Nacional para la Reducción de Emisiones GEI por Deforestación, y del Decreto nº 10142, de 28 de noviembre de 2019, que instituye el Comité Ejecutivo para el Control de la Deforestación Ilegal y la Recuperación de Vegetación Nativa.

El segundo de ellos, Costa Rica, es un caso paradigmático en el reforzamiento de instituciones para combatir el cambio climático. En este sentido, el Decreto ejecutivo nº 40616, de 7 de agosto de 2017, por el que se crea el Consejo Consultivo Ciudadano sobre Cambio Climático, el Decreto ejecutivo nº 40615, de 7 de agosto de 2017, por el que se crea el Consejo Científico de Cambio Climático y el Decreto nº 41127, de 9 de abril de 2018, por el que se crea el Sistema Nacional de Medición del Cambio Climático, son ejemplos prácticos que muestra la voluntad de este Estado en la lucha contra este problema global.

Si bien el entendimiento compartido, la coherencia normativa y la práctica son importantes, se ha de añadir un elemento que permite establecer si las acciones realizadas están dando resultados. Es por ello que la eficacia, a diferencia de la coherencia normativa, permite evaluar si las medidas prácticas

permiten conseguir el objetivo final del AP, mantener la temperatura global por debajo de los 2ºC respecto a los niveles preindustriales, en mayor o menor espacio de tiempo. En este sentido, es necesario resaltar, en términos de eficacia, la importancia del principio de progresión, que se vincula, según el artículo 4(9), a la obligación de revisar las CDNN cada cinco años y que, en cualquier caso, según el artículo 4(11), las CDNN revisadas no pueden ser menos ambiciosas que las anteriores, lo que implica que no pueden anclarse en el principio de no regresión propiciando un estancamiento (FERNÁNDEZ, 2018, pp. 115-116). El primer año de presentación de las CDNN revisadas es 2020 y, hasta la fecha (el 27 de octubre de 2020), son dos los Estados que han cumplido esta obligación, a saber, Islas Marshall (22 de noviembre de2018) y Surinam (9 de diciembre de 2019).

En términos de eficacia, un primer indicio de la evolución en la consecución del objetivo final del AP lo encontramos en el informe de síntesis sobre el efecto agregado de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional que indica que, con base en las contribuciones comunicadas hasta el 1 de octubre de 2015, no se alcanzaría el objetivo de los 2ºC establecido en el artículo 2 del AP[14]. Un segundo indicio lo podemos encontrar en el informe sobre la brecha de emisiones, que pone de relieve que la diferencia de emisiones existente entre las emisiones globales proyectadas para 2030, según las CDNN actuales, y las emisiones que deberían de alcanzarse para lograr el objetivo de los 2ºC, es grande (UNEP, 2019, p. XIX). La UNEP estima que, con base en los compromisos actuales (tanto de las CDNN condicionales e incondicionales), en 2030 se alcanzará 56 Gt CO_2e, lo que supone unas emisiones de más del doble de lo que tendrían que ser para alcanzar el objetivo establecido[15].

A nivel interno de la UE, su CDNN, tal como se refleja en la Tabla I, establece un compromiso incondicional de reducir un 40% sus emisiones de GEI respecto a los niveles de 1990, año que toma de referencia, para 2030. No obstante, actualmente se está haciendo un esfuerzo para que esa reducción sea incrementada un 15%, ascendiendo al 55% (COMISIÓN EUROPEA, 2019, anexo). Esta es la voluntad política que la Comisión Europea ha comunicado a

[14] CMNUCC, FCC/CP/2015/7, Informe de Síntesis sobre el efecto agregado de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional. Este informe es el resultado de la invitación realizada por la COP en sus decisiones 1/CP.19 y 1/CP.20.

[15] UNEP, *Boletín de calificaciones*, Disponible en: <https://www.unenvironment.org/interactive/emissions-gap-report/2019/report_es.php> , Acceso en: 27 octubre 2020, 12:58:00.

través de las líneas estratégicas del denominado Pacto Verde Europeo para reanudar "el compromiso (…) para responder a los desafíos del clima y el medio ambiente, que constituye la tarea definitoria de esta generación" (COMISIÓN EUROPEA, 2019, par. 1).

A nivel externo y teniendo presentes los resultados sobre el desempeño que muestran los citados informes – el de los efectos agregados de las CDNN y el realizado por la UNEP), son dos las necesidades prioritarias a tener en cuenta por la UE si quiere continuar en una línea de coherencia en su lucha contra el cambio climático. Por un lado reforzar la cooperación internacional en materia de financiación, transferencia tecnológica y aumento de las capacidades, para que los Estados en desarrollo puedan aspirar a conseguir sus compromisos condicionados de reducción de GEI. Por otro lado, que se propicie un escenario para que las segundas CDNN supongan un avance cuantitativo y cualitativo en la reducción de estos gases. En esta línea, desde 1999, la UE y América Latina y el Caribe, han venido reforzando un diálogo birregional a través de las distintas cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno.

La Quinta Cumbre América Latina y Caribe – UE, celebrada en Lima, el 16 de mayo de 2008, cuyo resultado fue la declaración de Lima "respondiendo juntos a las prioridades de nuestros pueblos", manifiesta la necesidad de fortalecer la cooperación birregional medioambiental a través de la creación del denominado programa "EUrocLIMA", cuyos objetivos principales fue "compartir conocimiento, fomentar un diálogo estructurado y regular a todos los niveles y asegurar sinergias y coordinación de las acciones actuales y futuras en este campo" (LIMA, 2008, p. 16), que entre otras cuestiones pasa por desarrollar una cooperación para la diversificación de fuentes de energía, promoción de nuevas tecnologías energéticas, fortalecer la capacidad de los Estados de América Latina y el Caribe para la mitigación y adaptación a los efectos del cambio climático y la promoción de la inversión para conseguir una producción respetuosa con el medio ambiente (LIMA, 2008, pp. 12 y ss).

Desde el 2010, la UE ha venido estableciendo programas de cooperación con América Latina, como el programa EUROCLIMA+, que en colaboración, entre otras organizaciones, con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ayuda a implementar acciones para el fortalecimiento de instituciones, planes y políticas para la consecución de los objetivos climáticos nacionales, tanto en materia de adaptación como de mitigación, en un marco de transparencia, financiación de proyectos y aumento

de las capacidades (EUROCLIMA, 2020, p. 13). Este marco cooperativo, permite propiciar un escenario proclive para el cumplimiento de las obligaciones internacionales reflejadas en las distintas CDNN y así aumentar las ambiciones para la mitigación del cambio climático.

CONCLUSIONES

Conforme el IPCC ha ido consolidando las bases científicas del cambio climático, dejando un menor margen de incertidumbre y, en consecuencia, manifestando el nivel de urgencia del cambio climático, se ha favorecido el entendimiento compartido en abordar el problema con efectos globales. Esta cuestión se ha trasladado a las negociaciones climáticas que, lejos de volver a repetir el escenario de fracaso de Copenhague, se sumaron el esfuerzo de los distintos grupos negociadores, incluidos algunos de nueva formación que apuntaban a un diálogo transversal entre Estados en desarrollo y Estados desarrollados.

El avance en la configuración del régimen jurídico internacional, con la adopción del nuevo instrumento internacional adoptado en 2015, viene motivado, en primer lugar, por un entendimiento sobre un objetivo a alcanzar, mantener la temperatura global por debajo de los 2ºC respecto a los niveles preindustriales. En segundo lugar, una reconfiguración del principio de las RCD-RC, que permite un mayor nivel de ambición en la mitigación del cambio climático, al incluir a los Estados en desarrollo en la adopción de acciones para reducir los GEI, a la par que aúna posiciones para favorecer un entendimiento compartido. Se ha de tener presente que uno de los escollos, que fue muy criticado, es que los Estados en desarrollo con economías emergentes no estaban obligados internacionalmente bajo el paraguas del PK. En tercer lugar, el enfoque *bottom-up* que se configura por medio de las CDNN, garantiza un procedimiento flexible y que deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, aunque con ciertos límites, entre otros, la revisión de las CDNN, el principio de progresión, el principio de buena fe o la diligencia debida. Además de ello, permite dar un mayor protagonismo a la acción de los actores internacionales a través de la creación de redes de acción climática, acercándonos más a la realidad de la práctica en un mundo caleidoscópico (BROWN-WEISS, 2019).

Considerando que, la coherencia entre la práctica y la norma es uno de los pilares fundamentales para tener una visión del avance. La práctica de la Comunidad Internacional demuestra la existencia de un entendimiento compartido sobre tres cuestiones, por un lado en el enfoque *bottom-up* y el principio de las RCD-RC, por otro lado, en el establecimiento de bases preeminentemente procesales para adquirir la obligación internacional de reducción de GEI, con el fin de lograr el objetivo último de mantener la temperatura global por debajo de los 2ºC, con respecto a los niveles preindustriales. Hablar de un entendimiento compartido respecto a cuestiones más sustantivas en vez de procesales, parece una cuestión aún prematura.

Centrándonos en América Latina y la UE, el programa EUROCLIMA+ está marcando de una manera decisiva el contenido y los compromisos de las CDNN de los Estados de América Latina y el Caribe. En este sentido, se está aumentando la consolidación institucional a nivel nacional, como la primera línea de actuación dentro del citado programa, para afrontar la mitigación del cambio climático y, además, las CDNN en estos Estados reflejan principalmente dos líneas de acciones integradas también en éste programa, como son la eficiencia energética y la conservación forestal como acciones prioritarias para conseguir sus objetivos climáticos nacionales. Asimismo, seguir en esta línea de cooperación internacional puede, por un lado, conseguir que estos Estados consigan alcanzar sus metas condicionadas fijadas en sus CDNN y, por otro lado, ayudar a que sus segundas CDNN sean más ambiciosas. Este avance, va a tener efectos positivos tanto a nivel de eficacia del régimen jurídico climático, a efectos de conseguir el objetivo final perseguido en la CMNUCC y en el AP, así como a nivel de sustancial, dado que la consolidación del entendimiento compartido que se refleja en la práctica de la Comunidad Internacional, ayuda a generar acuerdos sustantivos.

REFERENCIAS

BANGLAKESH, *Intervention by Bangladesh on behalf of the Cartagena Dialogue for progressive action at the june intersessional meeting Bonn*, 2013. Disponible en <https://unfccc.int/files/meetings/bonn_jun_2013/in-session/application/pdf/adp2-2_cartegena_04062013.pdf>, Acceso el: 21 agosto 2020, 19:12:00.

BODANSKY, D., The Legal Character of the Paris Agreement, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 25, 2016.

BLAXEKJÆR, L. Ø. and NIELSEN, T. D, Mapping the narrative positions of new political groups under the UNFCCC, *Climate Policy* 15(6), 2014.

BROWN-WEISS, E., Establishing norms in a kaleidoscopic World: General Course on Public International Law, *Recueil des Cours*, Hague Academy, Vol. 396, 2019

BRUNNÉE, J. and TOOPE, S.J., Interactional International Law: an introduction, *International Theory*, Vol. 3, Issue 02, Cambridge University Press, 2011.

BRUNNÉE, J. and TOOPE, S. J., Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account, *International Theory*, Cambridge University Press, 2010.

CASTRO, P., Common But Differentiated Responsibilities Beyond the Nation State: How Is Differential Treatment Addressed in Transnational Climate Governance Initiatives?, *Transnational Environmental Law*, Vol. 5, Issue 2, Cambridge University Press, 2016.

CASTRO, P., Past and future of burden sharing in the climate change: position and ambition from a top-Down to a bottom-up governance system, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economic*, 20, 2020.

CMNUCC, FCCC/CP/1995/Add. 1. Decisión 1/CP.1, Mandato de Berlín, aprobada por la COP en su primer período de sesiones en Berlín, del 28 de marzo a 7 de abril de 1995.

CMNUCC, FCCC/CP/2007/6/Add.1. Decisión 1/CP.13, Plan de Acción de Bali.

CMNUCC, FCCC/CP/2009/11/Add.1. Decisión 2/CP.15, Acuerdo de Copenhague.

CMNUCC, FCCC/CP/2011/9/Add.1. Decisión 1/CP.17, Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada.

CMNUCC, FCC/CP/2015/7, Informe de Síntesis sobre el efecto agregado de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional.

CMNUCC, FCCC/CP/2015/10/Add.1. Decisión 1/CP.21, Aprobación del Acuerdo de París.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión:* El *Pacto Verde*, COM(2019) 640 final, Bruselas 11 de diciembre de 2019.

ECKSTEIN, KÜNZEL, SCHÄFER and WINGES, *Índice de Riesgo Climático Global 2020, ¿quiénes sufren más a causa de los eventos climáticos?*, Bonn, Germanwatch e. V., 2019. Disponible en <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/20-2-01s%20KRI%202020%20-%20Kurzzusammenfassung_4.pdf >, Acceso el: 22 agosto 2020, 12:20:00

EUROCLIMA, *Informe anual consolidado 2019: Actualizado a Marzo 2020*, 2020. Disponible en <http://euroclimaplus.org/media/attachments/2020/08/27/informe-consolidado-anual-2019-ec_final.pdf >, Acceso el: 30 de agosto 2020, 11:35:00

FERNÁNDEZ EGEA, R. M., <<Los nuevos objetivos y compromisos climáticos del Acuerdo de París>>, en BORRÁS PENTINAT, S. y VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. (eds), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

GODÍNEZ ROSALES, R., <<La ruta de Kioto a París: el proceso de negociación del nuevo acuerdo>>, en BORRÁS PENTINAT, S. y VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. (eds), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

IPCC, *Climate Change 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Ginebra, Suiza, 2007.

IPCC, *Climate Change 1995, the Science of Climate Change: Contribution of Working Group I to the Second Assessement Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

IPCC, <<Resumen para responsables de políticas>> en *Calentamiento global de 1,5ºC, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5ºC con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del*

reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza,

IPCC, <<Resumen para responsables de políticas>> en *Cambio Climático 2013: Bases físicas. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., *La Protección del Medio Ambiente en el ámbito Internacional y en la Unión Europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

LIMA, *Declaración de Lima "Respondiendo juntos a las prioridades de nuestros pueblos"*, Quinta Cumbre de América Latina y Caribe – Unión Europea, 2008. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/key_documents/summits_eu_alc/v_16_5_2008_lima_es.pdf >. Acceso el: 30 de agosto de 2020, 11:30:00

LMDC, *Submission by the Like-Minded Developing Countries on Climate Change: Implementation of all the elements of decision 1/CP.17, (a) Matters related to paragraphs 2 to 6; Ad-How Working Group on the Durban for Enhanced Action (ADP)*, 2013. Disponible en <https://unfccc.int/files/documentation/submissions_from_parties/adp/application/pdf/adp_lmdc_workstream_1_20130313.pdf>, Acceso el: 21 agosto 2020, 20:42:00

MALJEAN-DUBOIS, S., The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 25, Issue 2, 2016.

MAYER, B., Obligations of conduct in the international law on climate change: A defence, *Journal of European, Comparative & International Law*, Vol. 27, Issue 2, 2017.

MICHAELOWA, A., CASTRO, P. and BAGCHI, C., *Report on Stakeholder Mapping: Multi-level interaction of climate policy stakeholders in the run-up to 2015 agreement*, Berlin, Ecologic Institut, 2013.

OPEC, *Statement to the United Nations Climate Change Conference (COP13)–The Bali, December 2007*. Disponible en <https://www.opec.org/opec_web/en/press_room/379.htm>, Acceso el: 21 agosto 2020, 11:43:00.

RAJAMANI, L. and GUÉRIN, E., <<Central Concepts in the Paris Agreement and How They Evolved>>, in KLEIN, D., CARAZO, M. P., DOELLE, M., BULMER J. and HIGHAM, A. (eds), *The Paris Agreement on Climate*

Change: Analysis and Commentary, New York, Oxford University Press, 2017.

RAJAMANI, L., Diferentiation in the Emerging Climate Change, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 14, Issue 1, 2013.

RAJAMANI, L., Innovation and experimentation in the International Climate Change Regime, *Recueil des Cours*, Hague Academy, Vol. 404, 2020.

RAJAMANI, L. and BRUNÉE, J., The Legality of Downgrading Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement: Lessons from the US Disengagement, *Journal of Environmental Law*, Vol. 29, Issue 3, 2017.

REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

RODRIGO, A. J., <<El Acuerdo de París sobre el cambio climático: un nuevo tipo de tratado de protección de intereses generales>>, en BORRÁS PENTINAT, S. y VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. (eds), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

TABAU, A. S. and LEMOINE, M., Willing Power, Fearing Responsibilities: BASIC in the Climate Negotiations, *Carbon & Climate Law Review*, Vol. 3, 2012.

TUDELA, F., *Negociaciones internacionales sobre cambio climático: Estado actual e implicaciones para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, 2014.

UNEP, *Informe sobre la disparidad en las emisiones de 2019*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2019. Disponible en <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30797/EGR2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso el: 27 de octubre de 2020, 11:00:00

UNEP, *Boletín de calificaciones*, Disponible en: <https://www.unenvironment.org/interactive/emissions-gap-report/2019/report_es.php>, Acceso en: 27 octubre 2020, 12:58:00

VICTOR, D. G., *Global Warming Gridlock: Creating Effective Strategies for Protecting the Planet*. New York, Cambridge University Press, 2011.

VIÑUALES, J., The Paris Climate Agreement: An Initial Examination (Part II of III), *European Journal of International Law: Talk*, Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-paris-climate-agreement-an-initial-examination-part-ii-of-iii/>. Acceso el: 30 de agosto de 2020, 10:15:00.

WATTS, J. and DEPLEDGE, J., Latin America in the climate change negotiations: Exploring the AILAC and ALBA coalitions, *WIREs Clim Change*, Vol. 9, Issue 6:e. 533, 2018.

WINKLER, H., <Mitigation (Article 4)>, in KLEIN, D., CARAZO, M. P., DOELLE, M., BULMER J. and HIGHAM, A. (eds), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2017.

YAMIN, F. and DEPLEPGE, J., *Climate Change Regime: A Guide to Rules, Institutions and Procedures*, New York, Cambridge University Press, 2004.

GLOBALIZACIÓN Y ECOLOGÍA: aportaciones desde los documentos "*Laudato si'*" y "Querida Amazonia" del Papa Francisco

Jorge Salinas Mengual
Juez del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Cartagena (Murcia)-ESPAÑA
salinasmengualjorge@gmail.com

Resumen: El presente trabajo aborda distintos aspectos relacionados con la defensa del planeta a partir de un concepto acuñado por el Papa Francisco: la "globalización de la indiferencia". La doctrina del Pontífice sobre el tema, recogida en términos generales en su Encíclica "*Laudato si'*", y concretada en su Exhortación "Querida Amazonia" aporta una profundización en el problema del cuidado de "la casa común" e invita al análisis de una ecología referida, no solo al orden de la naturaleza, sino también al de la persona, que ha de ser entendida como parte de ese mismo orden natural y garante de su cuidado, a través de acciones y principios de orden ético que procuren un planeta ecológicamente sostenible.

Palabras clave: Globalización, ecología integral, cultura del descarte, *Laudato si´*, Querida Amazonia.

Abstract: The present work deals with different aspects related to the defense of the planet based on a concept coined by Pope Francis: the "globalization of indifference". The Pontiff's doctrine on the subject, set out in general terms in his Encyclical "Laudato si'", and made more specific in his Exhortation "Dear Amazonia", provides a deeper insight into the problem of caring for "the common home" and invites an analysis of an ecology that refers not only to the order of nature, but also to that of the person, who must be understood as part of that same natural order and the guarantor of its care, through actions and principles of an ethical order that seek an ecologically sustainable planet.

Key-Words: Globalization, integral ecology, culture of discarding, *Laudato si'*, Dear Amazonia.

1. Introducción

La ecología es un tema que ha estado presente en la Doctrina Social de la Iglesia como una preocupación constante. Desde una perspectiva teológica, que entiende que todo cuanto existe es obra de la acción providente de un Dios Creador, se ha profundizado en el papel que el hombre tiene en la conservación

y cuidado de una realidad natural de la que no es propietario, sino administrador, y en la que no solo ha de ver la huella de su Creador, sino que ha de potenciar los medios adecuados para que el desarrollo tecnológico y el proceso globalizador no afecten negativamente en su conservación.

En el año 2015, el Papa Francisco publicaba una Encíclica titulada *Laudato si´,* donde se abordaba toda la problemática anteriormente señalada ¿Dónde reside la novedad de este documento pontificio en relación con la doctrina católica anterior sobre esta materia? En que por vez primera no se refiere a la ecología solamente como el cuidado de la naturaleza, sino que introduce un concepto novedoso, el de "ecología integral", para hacer comprender que la acción ecológica no solo debe cuidar de la casa común (termino con el que el pontífice se refiere al planeta), sino que debe tener muy presente a quién habita esa casa común: la persona humana. No son suficientes las acciones tendentes a cuidar la naturaleza si existe un olvido del hombre, si a nivel global se acentúa el desequilibrio entre ricos y pobres, si no se cuida a la persona en su integridad, si no se respeta la vida o si los derechos del hombre son vilipendiados en numerosos lugares del planeta.

A lo largo de este trabajo trataré de exponer la doctrina de Francisco sobre la materia. Centrándome de manera específica en su Encíclica *Laudato si´* analizaré cuál es la situación actual a la que nos enfrentamos, y cuáles son las causas que la han provocado, para posteriormente concretar la aplicación particular de esa doctrina en el documento que abordó la problemática ecológica actual en un espacio como la Amazonia. Para ello desarrollare diversos conceptos que pueden ayudar a comprender una visión general sobre la naturaleza y sobre la persona: ecología integral, cultura del descarte y globalización de la indiferencia. Posteriormente expondré los puntos esenciales sobre la materia derivados del documento "Querida Amazonia", fruto del reciente Sínodo que sobre esa zona del planeta se celebró en Roma en el año 2019.

2. La Encíclica "*Laudato si´*"

2.1. Breve descripción de la situación actual

A través de un análisis en materia ambiental de la situación actual que está viviendo el planeta, el pontífice busca que toda aquella persona que lea el documento pueda tomar dolorosa conciencia de lo que está pasando en el

mundo, para convertirlo así en sufrimiento personal que le lleve a reconocer lo que puede hacer para revertir esa situación (LAUDATO SI´ nº 19). El Papa "enmarca la crisis ecológica en términos de un fracaso de conciencia y responsabilidad" (MORGAN, 2018, p. 1037). Entiende que "la crisis ambiental es el resultado de la crisis de la modernidad. Una crisis del corazón humano, de la ética, de la cultura y de la espiritualidad" (BLANCO, 2018, p. 436), y trata que el lector pueda reflexionar sobre la grave situación ecológica actual, pero lo hace desde una perspectiva global e integral (no solo se refiere a la ecología natural, sino también a la humana y social), y desde un enfoque pluridimensional, donde el diálogo ecológico debe tener un peso importante para afrontar con éxito la tarea de usar y no ab-usar de la casa común (RUBIO, 2016, p. 93).

En una sociedad fragmentada como la actual, el medio ambiente y su cuidado puede ser un catalizador para la construcción de una nueva identidad universal, en torno a la cual puedan agruparse personas y grupos de creencias, ideologías y concepciones éticas diversas (MOYANO, 2018, p. 444). Por eso la encíclica papal, en previsión de este dato, se escribe como un documento no pensado específicamente para los católicos, sino que su contenido puede ser asumido tanto por creyentes como por no creyentes, ya que sus razonamientos, salvo el capítulo segundo, que habla de la creación desde una perspectiva teológica, son objeto no tanto de la fe, sino fruto de un pensamiento racional universalmente aplicable, que trata de interiorizar los valores ecológicos en el ámbito de la conciencia de la sociedad. Como indica el número 3 de la encíclica, el texto se dirige "a cada persona que habita este planeta".

Además, el pontífice reconoce que existe en la persona una vocación interior a la conservación. Es necesario que el sujeto aprenda a cuidar de sí mismo, para poder cuidar también del prójimo y del medio ambiente, evitando así que se queden en la periferia de nuestros corazones (MARCELO, 2015, pp. 404, 408).

El consumismo y el productivismo, como dos caras de la moneda del sistema capitalista, han dado origen a diversos tipos de crisis a nivel global: una crisis energética, propiciada por el agotamiento de los recursos fósiles; una crisis climática, donde los gases de efecto invernadero vienen provocando un aumento paulatino de la temperatura a nivel planetario, y una crisis alimentaria, que se ve propiciada y acrecentada por las dos anteriores (ALBAREDA, 2016, p. 450). Pero a lo que el Papa apunta es a la existencia de una crisis más profunda, de carácter ético y antropológico, donde los problemas medioambientales no deben

ser abordados de una manera superficial, sino como resultado de un comportamiento humano concreto, donde "todo, absolutamente todo, está permitido si con eso se consigue aplacar el deseo absoluto del sujeto ensimismado" (PÉREZ, 2016, p. 299)

El Papa Francisco se refiere al planeta como casa común. Con ello pretende entender la naturaleza como un espacio que hemos de cuidar, ya que formamos parte de él. A través de este concepto trata de fundamentar la responsabilidad que el hombre tiene de llevar a cabo todas las acciones que pudieran ser necesarias para la conservación del planeta. Junto a ello, también habla del planeta como la Madre Tierra, "expresión común que se utiliza para referirse no sólo al planeta Tierra en varios países y regiones, sino también a la interdependencia existente entre los seres humanos, otras especies vivas y el planeta que todos habitamos" (BLANCO, 2018, p. 434).

Actualmente pueden detectarse una serie de síntomas graves a los que el pontífice alude con la expresión "gritos de la creación". Aspectos como la contaminación o la perdida de la biodiversidad son expresiones de ese grito. Se detiene la encíclica, de manera especial, en la gestión del agua, que considera como un derecho humano básico. Actualmente puede decirse que existe una deuda ecológica de los países del norte respecto de los países del sur, fruto del uso desproporcionado que se ha llevado acabo de los recursos naturales, así como de los desequilibrios comerciales que han repercutido negativamente en el ámbito ecológico y en la pobreza social.

La globalización ha acentuado todo este proceso de déficit ecológico, "ocasionando una crisis generalizada con relación a la vida y sus ecosistemas, debido a la explotación irracional de los recursos naturales y a la creciente contaminación del planeta; la destrucción acelerada del medio ambiente y de la biodiversidad ha causado efectos verdaderamente alarmantes" (VALDEZ, 2005, p. 83)

2. 2. Causas que han originado esta situación

El papa Francisco utiliza dos conceptos novedosos para explicar la situación actual en la que se encuentra tanto el planeta como la persona. En primer lugar habla de la globalización de la indiferencia. Señala que en el momento presente se ha desarrollado lo que denomina como "paradigma tecnocrático", donde la técnica se impone a la política y la economía, en la

búsqueda de resultados inmediatos que ponen de manifiesto actitudes egoístas que tienen como consecuencia la degradación del medio ambiente y de la sociedad. "Este paradigma reduce la naturaleza a un almacén de recursos económicos supuestamente inagotables" (CARBAJO, 2016, p. 76), y se traduce en un consumismo exacerbado y una búsqueda de maximización en los beneficios que, más que ofrecer soluciones a los problemas ecológicos, lleva a perder el sentido de la totalidad en las relaciones e implica un daño a la vida humana, la sociedad y el medio ambiente.

Esta globalización de la indiferencia da lugar a lo que el pontífice denomina "la cultura del descarte". Dado que la economía y la tecnología buscan un desarrollo ilimitado, sin tener en cuenta las consecuencias éticas de sus decisiones, se origina una situación donde los descartados son los más débiles: el medio ambiente y los pobres. Tanto el ambiente humano como el ambiente natural se degradan juntos. Por lo tanto, un planteamiento ecológico debe convertirse siempre en un planteamiento social que debe integrar la justicia en las discusiones, y que debe estar atento tanto al clamor de la tierra, como de los pobres. Para ello se hace necesario superar el individualismo reinante mediante criterios de solidaridad, que desarrollen dos principios fundamentales que aparecen recogidos en la Doctrina Social de la Iglesia: el destino universal de los bienes, que permita el acceso a los bienes básicos y primarios para toda la humanidad, y el bien común, cuyo contenido será abordado posteriormente con mayor detenimiento.

Esta temática de la relación entre pobreza y crisis ecológica se desarrolla a lo largo de todo el texto pontificio, dentro de lo que anteriormente hemos llamado la cultura del descarte y que viene expresada en la exclamación "el grito de la tierra y el grito de los pobres". La experiencia demuestra que quien sufre de manera más grave los excesos medioambientales son los países pobres. Lo que para nosotros puede ser, por ejemplo, un mar contaminado de residuos plásticos, para otros pueblos supone la privación de una fuente principal de recursos, como la pesca. Relacionado con esta temática, el texto papal desarrolla un principio básico de la Doctrina Social de la Iglesia, íntimamente relacionado con el cuidado de la tierra y de los pobres, cual es el destino universal de los bienes. ¿Qué implica esta realidad? Que la tierra es capaz de producir todos los recursos necesarios para que toda la humanidad pueda vivir con dignidad. Se trata de un principio que retroalimenta la relación entre medio ambiente y dignidad de la persona, ya que en la medida en que el planeta es cuidado desde una perspectiva

ambiental producirá lo necesario para toda la humanidad, pero cuando los excesos derivados de políticas que priman la economía y la tecnología frente a la vida se van imponiendo, quienes primero sufren las carencias que un planeta herido manifiesta son los más pobres de la tierra.

Esta temática la expresa el Papa Francisco en su encíclica cuando señala que "existen formas de contaminación que afectan cotidianamente a las personas. La exposición a los contaminantes atmosféricos produce un amplio espectro de efectos sobre la salud, especialmente de los más pobres, provocando millones de muertes prematuras. Se enferman, por ejemplo, a causa de la inhalación de elevados niveles de humo que procede de los combustibles que utilizan para cocinar o para calentarse" (LAUDATO SI´, nº 20). En otro punto del texto sostiene que "los cambios del clima originan migraciones de animales y vegetales que no siempre pueden adaptarse, y esto a su vez afecta los recursos productivos de los más pobres, quienes también se ven obligados a migrar con gran incertidumbre por el futuro de sus vidas y de sus hijos" (LAUDATO SI´, nº 25). Finalmente, y en relación con el problema del agua, añade que "un problema particularmente serio es el de la calidad del agua disponible para los pobres, que provoca muchas muertes todos los días. Entre los pobres son frecuentes enfermedades relacionadas con el agua, incluidas las causadas por microorganismos y por sustancias químicas. La diarrea y el cólera, que se relacionan con servicios higiénicos y provisión de agua inadecuados, son un factor significativo de sufrimiento y de mortalidad infantil (LAUDATO SI´, nº 29). Teniendo estas muestras de la encíclica presentes puede decirse que el texto papal viene a llenar un vacío en relación a los debates actuales sobre las políticas climáticas, que aportan soluciones sobre lo que se debería hacer, pero olvidándose de los pobres y de la configuración de un marco moral que sirva de base para la puesta en práctica de las propuestas desarrolladas (MONTGOMERY, 2015, p. 31).

El Pontífice aborda el problema de la que denomina nuestra casa común utilizando un concepto griego: *"oikos",* que "es la raíz lingüística tanto de la economía como de la ecología. Y cuando la economía se encuentra con la ecología, con demasiada frecuencia son los pobres los que pierden sus hogares" (WALPOLE, 2015, p. 18). Esta realidad ya fue abordada por el Papa Francisco en una Exhortación Apostólica anterior, donde señalaba que "los problemas [de la contaminación y los desechos] están estrechamente vinculados a una cultura del desperdicio que afecta a los excluidos, así como reduce rápidamente las cosas

a la basura" (EVANGELIUM GAUDIUM, 2013, nº 22). En un discurso ante Naciones Unidas llega a afirmar el Pontífice que "los más pobres son los que más sufren por tres razones graves: son desechados por la sociedad, obligados a vivir de lo que se desecha, y sufren injustamente por el abuso del medio ambiente". (FRANCISCO, 2015).

La relación entre medio ambiente y pobreza en la Encíclica, como parte de la ecología integral de Francisco, está tan ligada, que el mismo Papa reconoce al comienzo del texto que la tierra se encuentra entre los más abandonados y maltratados de nuestros pobres (LAUDATO SI´, n. 2). "La tierra es también un pobre que necesita ser cuidado junto con los seres humanos vulnerables que son los primeros en sufrir las consecuencias de un paradigma de explotación de la tierra. En el uso ilimitado de la naturaleza y en el enfoque único de la generación de beneficios, Francisco reconoce que existe una estructura de explotación de la tierra responsable de la creación de la pobreza". El Papa aborda toda esta temática desde la inclusión de un proceso capaz de pasar de un paradigma de explotación, a un paradigma de cuidado (MARTINS, 2018, p. 419).

2. 3. La ecología integral propuesta frente a la crisis ambiental global

Frente a lo que se conoce como ambientalismo, y que podríamos definir como "un movimiento social y un cuerpo de pensamiento asociado que expresa preocupación por el estado del medio ambiente natural y trata de limitar el impacto de las actividades humanas en el medio ambiente" (LEVY, 2010), el Papa Francisco opone el concepto de ecología integral. En nuestro mundo todo está conectado, de ahí que no puede separarse la preocupación por la naturaleza, de la justicia con los pobres y del compromiso con la sociedad. Se hace necesario armonizar una ecología natural, una ecología humana y una ecología social para alcanzar lo que el pontífice denomina como ecología integral. En el fondo puede decirse que "el desafío medioambiental no es solo un simple problema de supervivencia del planeta, o si se prefiere, de la vida del hombre sobre el planeta, ni solo un problema ético, sino que aborda todas las dimensiones de lo humano" (SOLS, 2018, p. 274). En este sentido Benedicto XVI afirmaba en su Encíclica *Caritas in Veritate* que "el libro de la naturaleza es uno e indivisible. [...] Los deberes que tenemos con el ambiente están relacionados con los que tenemos para con la persona [...]. El modo en que el hombre trata el ambiente influye en la manera en que se trata a sí mismo, y viceversa" (CARITAS IN VERITATE,

nº 51). Solo desde esta nueva visión holística de la ecología se podrá ofrecer una alternativa adecuada al paradigma tecnocrático que domina la sociedad actual (MADRIGAL, 2020, p. 516).

Hoy en día, sin embargo, parece que nos limitamos simplemente a un "uso mágico del Derecho", expresión que se deriva de la creación de normas emanadas de cumbres, tratados internacionales y declaraciones[1] que parece que en el ámbito de la ecología se limitan a lo que podríamos denominar como lo políticamente correcto, pero que en la práctica parece que pocas soluciones aportan (GUILLERMO, 2017, p. 111). No cabe duda que las intenciones son buenas, pero la ausencia de mecanismos coactivos a nivel internacional, y en ocasiones la dejación de los Estados o su prioridad por el beneficio económico frente al bien del planeta, acaban por convertir en "agua de borrajas" esas buenas intenciones.

El Papa Francisco afirma en la Encíclica que "que no existen verdades indiscutibles que guíen nuestras vidas, por lo cual la libertad humana no tiene límites" (LAUDATO SI´, nº 6). El relativismo imperante ha dado como resultado una desprotección, entre otros aspectos, del planeta, por ello se hace necesario poder implantar criterios que tengan una validez universal en orden a concienciar sobre la necesidad de promover una ecología integral, y uno de esos principios es llegar a entender que el clima y el medio ambiente constituyen un bien común para toda la humanidad. Este planteamiento ayuda a la configuración del cuidado de la tierra no solo como una obligación, sino como un derecho que podríamos catalogar de fundamental.

¿A qué nos referimos exactamente cuando hablamos de ecología integral? Benítez afirma que "en esa noción subyacen varias ideas: la interconexión de todos los sistemas biológicos, la pertenencia del hombre al

[1] Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático (1982); el Protocolo de Kyoto (1997), en donde los países signatarios adquirieron ciertos compromisos concretos, y que no fue ratificado por Estados Unidos; la Conferencia de Copenhague, en la que se estableció que el incremento de la temperatura media global no puede exceder los 2° C, y el COP 18, celebrado en Doha, donde se prorrogó la vigencia del Protocolo de Kyoto hasta el año 2020 y la denominada "Cumbre del Clima"(COP 21), celebrada en París en 2015 y aprobada por 195 países, en la que el objetivo principal consiste en conseguir que el aumento de la temperatura media del planeta permanezca por debajo de los 2oC respecto a los niveles preindustriales, existentes en el siglo XVIII.

conjunto de la naturaleza, la mutua dependencia entre el bien de la naturaleza y el del hombre, tanto como la responsabilidad del hombre respecto a la naturaleza, y, en fin, una serie de imperativos éticos tanto de orden racional como de fe, que definen al hombre en su identidad y ponen a prueba su dignidad" (BENÍTEZ, 2020, p. 506). De manera similar, el texto de la encíclica señala que "cuando se habla de «medio ambiente», se indica particularmente una relación, la que existe entre la naturaleza y la sociedad que la habita. Esto nos impide entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida. Estamos incluidos en ella, somos parte de ella y estamos interpenetrados" (LAUDATO SI´, nº 139). Al referirse a la tierra como hermana, haciendo uso del lenguaje de San Francisco, parece que el Pontífice "humaniza el medio ambiente para establecer una relación. Este movimiento retórico rescata el medio ambiente de la pasividad y la objetivación, a la vez que plantea la posibilidad de una ética del cuidado" (IHEKA, 2017, p. 248).

La ecología integral que recoge *Laudato si´* se ordena en torno a dos grandes principios. El primero de ellos hace referencia a que todo está conectado. Es por ello, que puede afirmarse que la crisis ambiental acaba convirtiéndose en una crisis socioambiental. El segundo principio que implica la ecología integral es que el todo es superior a la parte. Desarrolla la encíclica lo que se podría denominar como una epistemología holística, donde la influencia de la totalidad actúa como límite sobre las partes, lo cual obliga a considerar el todo en la comprensión. No se trata de diluir al individuo en el todo, ni un principio que anule la persona en la sociedad, pero sí que obliga a comprender la totalidad para comprender a las partes (AMO, 2019, pp. 11).

La propuesta de una ética ecológica, tendente a la consecución de una ecología integral, pretende alcanzar una armonización entre el ser humano y el medio ambiente. Para ello se hace necesario construir una sociedad donde "el con-vivir sea entendido en el sentido de tomar conciencia de la interdependencia constructiva que sostiene la vida y como abarcador de las relaciones entre los seres humanos y todos los seres vivos. Esta categoría ética exige un movimiento de descentralización del ser humano de su propia realidad". (MARTÍN-FIORINO, pp. 153-154). La encíclica alude a todo ello al afirmar que "hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres. (LAUDATO SI´, n. 49).

La perspectiva ética recogida en la encíclica también se percibe en el hecho de reconocer que la crisis medioambiental es producto, entre otros aspectos, de una crisis antropológica, que ha derivado en un antropocentrismo que convierte a la persona en bien de consumo y en material desechable, promoviendo lo que el Pontífice denomina la cultura del descarte. En el fondo, los avances tecnológicos y científicos han dado lugar un mayor egoísmo, individualismo y una sociedad del bienestar y el placer que han eximido al hombre del sentido de responsabilidad que debía poner en práctica en el cuidado del planeta y de las personas más necesitadas.

Todo este contexto debe llevar consigo la aplicación gradual de una serie de aspectos. El primero de ellos sería el principio de precaución, según el cual no es necesario esperar a tener una evidencia absoluta para actuar, si existe una previsión de que pueden producirse daños graves e irreversibles para el hombre y el medio ambiente (MARTÍN-FIORINO, p. 154). En segundo lugar, se postularía el concepto del cuidado, entendido como prevención, auxilio y responsabilidad ante el ser humano y el medio ambiente (ALBA, 2015, pp. 105-115). En tercer lugar, ese ejercicio del cuidado se concretaría en una ética de la solidaridad y la reciprocidad, capaz de entender que el bien colectivo y el bien del planeta no se contraponen, sino que son complementarios. Finalmente, se impondría una ética de la compasión, donde los seres humanos puedan vivir con dignidad, especialmente los más pobres y marginados, y en comunión con el medio ambiente (CARRERA i CARRERA, 2017, p. 22). En definitiva, "en la Encíclica *Laudato Si'* queda planteada con fuerza la necesidad de proponer una serie de valores en torno a los cuales, con los aportes reflexivos de las diferentes tradiciones éticas, sea posible alcanzar consensos a través del diálogo…. entre los científicos, entre los países y entre las religiones" (MARTÍN-FIORINO, p. 157).

La ecología integral desarrollada por el Papa Francisco ha de ir acompañada de otras "ecologías" que desarrolla a lo largo de su encíclica. En primer lugar, habla de una "ecología económica". La protección del medioambiente debe formar parte integrante del proceso de desarrollo. No puede pensarse en una economía a nivel global, que busque maximizar los medios de producción, sin tener en cuenta las consecuencias que esa política pueda tener para el medio ambiente y las personas más necesitadas. Además, "la crisis ecológica se produce cuando el hombre se absolutiza en la manera de administrar los bienes y se deja llevar por sus caprichos, sin tener en cuenta sus limitaciones" (MEJÍA, 2016, p. 146). Se hace necesario el establecimiento de una

alianza entre economía sostenible y ecología, entendidas ambas desde una comprensión holística de la realidad global (ALBAREDA, 2016, p. 446). Todo ello supone una deslegitimización de la actual alianza que se da entre ciencia, tecnología y economía, que pone el acento en valores utilitarios que acaban por socavar la dignidad humana y el bien común (IMANAKA, PRUSIA y ALEXIS, 2017, p. 15). En esta misma línea Mills subraya que la intención del Papa Francisco en su Encíclica "no es criticar la ciencia por sí misma, ni siquiera la tecnología por sí misma, sino el paradigma tecnocrático baconiano, que entiende la ciencia y la tecnología juntas como instrumentos para controlar y explotar toda la creación" (MILLS, 2015, p. 49).

En segundo lugar, el Pontífice habla también de una "ecología cultural", que contribuye a generar el hábitat de los pueblos, a través de una identidad común que ayuda al surgimiento de ciudades habitables. Cuidar del medio ambiente ayuda a potenciar también este tipo de ecología, que puede verse afectada negativamente por los abusos derivados, por ejemplo, de la contaminación o del desarrollo tecnológico. La visión consumista actualmente vigente en la sociedad tiende a homogeneizar las culturas y a debilitar la diversidad (LAUDATO SI´, nn. 143-144).

En tercer lugar, postula la necesidad de potenciar el desarrollo de una "ecología de la vida cotidiana", dado que "para que pueda hablarse de un auténtico desarrollo, habrá que asegurar que se produzca una mejora integral en la calidad de vida humana, y esto implica analizar el espacio donde transcurre la existencia de las personas" (LAUDATO SI´, nº 147).

Para que esta ecología integral sea viable se ha de buscar el bien común frente al beneficio de unos pocos. El Concilio Vaticano II define este concepto como "el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección". (GAUDIUM ET SPES, 1965, nº 26). Se puede afirmar que "la indiferencia impide el bien común y es también el principal obstáculo para la paz y para la salvaguarda de la creación". (CARBAJO, 2016, p. 85). Esta idea de bien común invita a trabajar por una justicia entre generaciones, es decir, a no ser inmediatistas, sino a saber mirar también al bien del futuro. El Papa recoge esta idea en la encíclica cuando afirma que la creación "es un préstamo que cada generación recibe y debe transmitir a la generación siguiente" (LAUDATO SI´, nº 159). Señala que a pesar de que el medio ambiente es un problema global, las soluciones adoptadas por los diferentes Estados no pueden ser homogéneas, ya

que lo que funciona en los países desarrollados del norte, por ejemplo, no tiene por qué hacerlo en los países no desarrollados del sur. Las medidas a tomar en la lucha ecológica deberán ser en ocasiones internacionales (problemas ambientales), en otras estatales (megaciudades o viviendas pobres) y en algunos momentos también individuales (consumismo, avaricia, corrupción…) (NOLAN, 2020, p. 281).

Finalmente, la promoción un desarrollo sostenible es fundamental para Francisco. Además, las acciones tendientes a mitigar el cambio climático pueden ser una ocasión propicia para el diálogo y el encuentro entre culturas. A todo ello puede ayudar la reflexión sobre el valor real de cualquier actividad económica, a fin de conocer qué aporta y qué devuelve a la tierra y la sociedad dicha actividad, en función de la riqueza de ella extraída, y de las consecuencias socio-ecológicas que se puedan derivar. Aprender a prestar atención a la belleza de la creación y amarla puede ayudar a salir del pragmatismo utilitarista que convierte todo en objetos de uso y abuso inescrupuloso. Para ello ayudaría la creación de marcos regulatorios globales que, a través de instituciones internacionales, dotadas de un poder sancionador, impongan obligaciones e impidan acciones intolerables a nivel ecológico, tanto a empresas, como a países.

3. La Exhortación Apostólica Postsinodal "Querida Amazonia"

En octubre de 2017, el Papa Francisco manifestó públicamente su deseo de convocar un Sínodo especial para abordar el análisis de la región del Amazonas. Resultaba novedosa la propuesta, ya que suponía que, desde una perspectiva universal, la que proviene de un Papa que lo es para toda la Iglesia, por primera vez se iba a abordar una temática particular, como era la situación actual que se estaba viviendo en la Amazonia.

Como todo Sínodo, fue precedido de un documento preparatorio que sirvió de base para las diferentes reuniones y asambleas previas a su celebración, que tuvieron lugar entre marzo y septiembre de 2019, y en las que se reflexionó, entre otros temas, sobre la realidad de "un mundo que debe romper con las estructuras que quitan vida y con las mentalidades de colonización para construir redes de solidaridad e interculturalidad" (DOCUMENTO PREPARATORIO DEL SÍNODO, 2018). Recopiladas las aportaciones, enmiendas o sugerencias al texto, procedentes de lugares diversos, se redactó un documento de trabajo denominado *Instrumentum laboris,* en el que se planteaba la idea de la "voz de la

Amazonia", en términos relativos al análisis de la situación que estaba viviendo esa región del planeta, junto al tema ya abordado en *Laudato si´* de la ecología integral. En base a este documento se desarrollaron las reuniones sinodales entre el 6 y el 27 de octubre en la ciudad de Roma, tras las cuales vio la luz el documento final del Sínodo que sería la base sobre la cual el Papa Francisco iba a redactar el texto de su Exhortación Apostólica Postsinodal "Querida Amazonia".

Si bien la Exhortación bebe de las fuentes de documentos emanados años anteriores de la Conferencia Episcopal Latinoamericana, el eje central en torno al cual se vertebra es la Encíclica *Laudato si´*. En el fondo ambos textos son expresión de una pedagogía deductiva que, partiendo del análisis global de la situación ecológica, desciende al caso particular de la Amazonia, como territorio en peligro, no solo a nivel ambiental, sino también cultural, económico y social. El mismo Papa, preguntado por las razones para convocar un sínodo sobre Amazonia respondió: "Es hijo de *Laudato si'*. Quien no la haya leído nunca entenderá el Sínodo para la Amazonia. La *Laudato si'* no es una encíclica verde, es una encíclica social, que se basa en una realidad verde, la custodia de la Creación" (AGASSO, 2020).

El Papa Francisco entiende el Sínodo sobre la Amazonia como una emergencia global. Se trata de una situación de urgencia a la que hay que responder con medidas de urgencia. ¿Por qué la Amazonia? Según el Pontífice porque se trata de un lugar de la tierra que afecta a nueve naciones, que genera una gran parte del oxígeno que respiramos, que está sometido en la actualidad a una deforestación abusiva fruto de intereses económicos y de corruptelas políticas, y por la gran riqueza de biodiversidad que ofrece. (AGASSO, 2020). Lo que el Papa espera es que los asuntos suscitados por la realidad de la Amazonia puedan servir para afrontar asuntos similares en todo el planeta (BENÍTEZ, 2020, p. 499).

Es el capítulo 3 de la Exhortación sobre el que versará, de manera particular, nuestro análisis, ya que en él el Pontífice se refiere a lo que denomina como "un sueño ecológico". La palabra sueño no ha de ser interpretada en el sentido de una ilusión incapaz de ser aplicada en la práctica, sino más bien como una esperanza que puede verse cumplida. De ahí que el texto busque, entre otras cosas, despertar las conciencias de las personas sobre el drama ecológico que se está viviendo en esa parte del planeta. El deterioro ambiental, fruto de una explotación irresponsable de los recursos, debe dar paso a un cambio de estructuras y mentalidad que conduzcan a un equilibrio ecológico a nivel global.

"Promover la Amazonia, como explica el Papa, significa actuar de modo que dé lo mejor de sí misma. Significa no colonizarla, no saquearla con políticas mineras tremendas que destruyen el medioambiente y amenazan a los pueblos indígenas. Eso sí, sin correr el riesgo de mitificar las culturas indígenas, de excluir a priori el mestizaje o de caer en el conservacionismo que se preocupa del bioma, pero ignora a los pueblos amazónicos". (DE CAROLIS y VALIENTE, 2020).

Comienza el capítulo tercero hablando de que la relación tan profunda que, en esa parte del planeta se establece entre naturaleza y ser humano, da lugar a lo que denomina el Pontífice como existencia cósmica. Este concepto alude, por una parte, a esa visión de globalidad que, dentro de la particularidad de un lugar concreto como es la Amazonia, la Exhortación realiza para referirse a esa relación vital entre naturaleza y humanidad, y que es aplicable a toda la creación. Comparte con *Laudato si'* la idea de ecología integral al señalar que todo está conectado y vuelve, también, a conferir "dimensión humana", como figura retórica, a un espacio natural como es la selva amazónica.

El aspecto religioso está patente a lo largo del texto, y no tiene el Papa inconveniente en resaltar esa dimensión, pero no desde una perspectiva católica solo, sino aludiendo a las religiones primitivas de los indígenas que habitan ese lugar y que entienden que abusar de la naturaleza es abusar de los ancestros, de los hermanos, de la creación y del Creador, a la vez que implica hipotecar el futuro y la propia supervivencia (QUERIDA AMAZONIA, nº 42). En este sentido el Papa retoma una aportación recogida en el documento de trabajo del Sínodo, cuando afirma en palabras de los indígenas de Guaviare, en Colombia, que "somos agua, aire, tierra y vida del medio ambiente creado por Dios. Por lo tanto, pedimos que cesen los maltratos y el exterminio de la Madre tierra. La tierra tiene sangre y se está desangrando, las multinacionales le han cortado las venas a nuestra Madre tierra" (INSTRUMENTUM LABORIS SÍNODO AMAZONIA, nº 17)

Analizando las ventajas que la zona de la Amazonia tiene para todo el planeta, y para la consecución de un equilibrio ambiental global, señala también los peligros de la explotación desproporcionada de los recursos naturales, por medio de multinacionales que buscan optimizar los beneficios económicos, aun a costa de un deterioro del medio ambiente, y hace uso de una expresión significativa para aludir a esta realidad: "el ambiente como recurso pone en peligro el ambiente como casa" (JUAN PABLO II, 1997, p. 7).

Francisco, tomando un texto de *Laudato si'*, vuelve a hacer referencia a la necesidad de crear sistemas normativos de obligado cumplimiento para la protección de los ecosistemas del planeta, que sirvan de límite frente a lo que ya el Pontífice había denominado en documentos anteriores como el paradigma tecnoeconómico, una especie de forma de poder capaz de acabar no solo con el medio ambiente, sino también con la libertad, la justicia y la dignidad de las personas.

Es necesario aprender a vivir, desde una nueva perspectiva estética, la belleza de la creación, en este caso de la Amazonia, por eso el Papa, con palabras casi poéticas, señala que "aprendiendo de los pueblos originarios podemos contemplar la Amazonia y no sólo analizarla, para reconocer ese misterio precioso que nos supera. Podemos amarla y no sólo utilizarla, para que el amor despierte un interés hondo y sincero. Es más, podemos sentirnos íntimamente unidos a ella y no sólo defenderla, y entonces la Amazonia se volverá nuestra como una madre" (QUERIDA AMAZONIA, nº 55).

Termina este capítulo de la Exhortación haciendo referencia a dos actitudes que también había recogido en *Laudato si'*: el fomento de nuevos hábitos en los sujetos, a través de una educación medioambiental adecuada, y la necesidad de conversión en las personas, de manera que puedan llevar un estilo de vida "menos voraz, más sereno, más respetuoso, menos ansioso y más fraterno" (QUERIDA AMAZONIA, nº 58).

Conclusiones

Parece evidente que "el actual paradigma tecnocrático ha favorecido la cultura del descarte y ha enaltecido el *bien-tener* sobre el *bien-estar*" (CARBAJO, 2016, p. 99). Tratar los problemas del medio ambiente como problemas de índole moral hace que estos temas trasciendan el mero ámbito de los intereses particulares para penetrar en el ámbito de los valores, contribuyendo así a la construcción de una identidad universal e inclusiva en los ciudadanos (MOYANO, 2018, p. 456). En el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, se denomina pecado social a "todo pecado cometido contra la justicia debida en las relaciones entre los individuos, entre el individuo y la comunidad, y también entre la comunidad y el individuo" (COMPENDIO DE DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA, nº 118). "Incluso antes de escribir Laudato Si', Francisco comenzó a conectar el pecado social con la conversión ecológica. Para él, la

conversión ecológica es una forma de responder a la destrucción del medio ambiente que en sí misma equivalía a una especie de pecado social (IMANAKA, PRUSIA y ALEXIS, 2017, p. 11).

Esta conversión ecológica ha de implicar un cambio de visión y de conducta. Es necesario superar visiones reduccionistas para pasar a visiones globales; el hombre debe reflexionar sobre su papel en relación con la naturaleza para pasar de ser consumidor del planeta a ser cooperador en su cuidado y conservación. También, a nivel general, los planteamientos individualistas y consumistas deben ser sustituidos por comportamientos solidarios y austeros. ¿Dónde radica, para algunos autores, el problema de esta vía que Francisco postula? En que la conversión es un proceso que requiere de tiempo, mientras que la respuesta que hay que ofrecer a los problemas ecológicos exige una cierta inmediatez y prontitud (JENKINS, 2013, pp. 75-81).

Pese a todo, el Papa va a enumerar una serie de actitudes que puedan llevar a la práctica esa ansiada conversión: "Gratitud y gratuidad; renuncia y generosidad; comunión universal con las demás criaturas; desarrollo de la creatividad y el entusiasmo para resolver los dramas del mundo"; responsabilidad para con la naturaleza" (LAUDATO SI´, nº 220). Además, el pontífice añade que no es suficiente con la conversión personal, sino que a esta ha de seguirle una "conversión social, cultural, y también incluye las conversiones políticas y económicas necesarias para una transformación efectiva de las realidades injustas" (BLANCO, 2018, p. 436).

Como afirma Carbajo, se necesita fomentar una ética del cuidado para que la concienciación sobre el problema ecológico pueda lograrse mediante una implicación efectiva, donde no se separe la ecología física o de la naturaleza de la ecología humana. (CARBAJO, 2016, p. 93).

Si hasta la Ilustración dominó en el mundo un planteamiento teocéntrico, y sobre todo, a través de la revolución científica y de nuevas formas de pensamiento en la modernidad se dio paso a una mentalidad antropocéntrica, parece que hoy en día vivimos en una sociedad marcada por lo que podríamos denominar el "tecnocientismo", donde la técnica y la ciencia, a las que se encuentran sometidas la economía y la política, marcan el hilo conductor de una sociedad cada vez más individualista y donde el egoísmo, que antepone el tener al ser, ha dado como resultado una crisis ecológica a nivel natural y humano sin precedentes. Es por ello que se hace urgente promover una conversión ecológica, a la que solo se llegará por medio de una educación ecológica capaz de

hacer entender a las personas las consecuencias negativas que determinados estilos de vida pueden conllevar a nivel global. Esta nueva educación ecológica viene caracterizada por cuatro grandes dimensiones: simplicidad responsable de la vida, contemplación agradecida del mundo, preocupación por las necesidades de los pobres y protección del medio ambiente (FRANCHI, 2016, p. 9).

Como Francisco recoge en su encíclica "la cultura ecológica no se puede reducir a una serie de respuestas urgentes y parciales a los problemas que van apareciendo en torno a la degradación del ambiente, al agotamiento de las reservas naturales y a la contaminación. Debería ser una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo y un estilo de vida que conformen una resistencia ante el avance del paradigma tecnocrático" (LAUDATO SI´, nº 111), y en otro lugar del texto sostiene que "muchas cosas tienen que reorientar su rumbo, pero ante todo la humanidad necesita cambiar. Hace falta la conciencia de un origen común, de una pertenencia mutua y de un futuro compartido por todos. Esta conciencia básica permitiría el desarrollo de nuevas convicciones, actitudes y formas de vida. Se destaca así un gran desafío cultural, espiritual y educativo que supondrá largos procesos de regeneración" (LAUDATO SI´, nº 202).

La gran crisis humana y ecológica que se ciñe sobre el mundo vienen enmarcadas por Francisco en dos conceptos que han sido el epicentro de este trabajo: la globalización de la indiferencia y la cultura del descarte. Estos conceptos, vinculados al de ecología integral no solo se han desarrollado por el Pontífice como aspectos generales en su Encíclica *Laudato si'*, sino que han sido objeto de aplicación práctica y particular en la Exhortación Apostólica Postsinodal "querida Amazonia", lo que permite concluir que las reflexiones realizadas por Francisco son de plena aplicación a cualquier lugar del planeta y a cualquier situación de crisis ecológica.

La realidad en la que vivimos, caracterizada por la globalización de una crisis ecológica patente, hace necesario construir una cultura del encuentro, una cultura de la paz, una cultura de la solidaridad, un humanismo integral, un desarrollo sostenible e integral, y trabajar siempre con empeño y creatividad por el bien común. Es prioritario buscar, por medio del "diálogo a todos los niveles, soluciones integrales para lograr una globalización más inclusiva, ética y humana" (MARCELO, 2016, p. 180). Hay que dejar atrás una etapa de autodestrucción y comenzar de nuevo a partir de una toma de conciencia universal, que permita "que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva

reverencia ante la vida; por la firme resolución de alcanzar la sostenibilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz; y por la alegre celebración de la vida" (LAUDATO SI´, nº 207).

REFERÉNCIAS

Agasso Jr., D., "El soberanismo me espanta", entrevista al papa Francisco, en *La Stampa* (9 de agosto de 2019). Disponible en: < https://www.lastampa.it/vatican-insider/es/2019/08/09/news/el-soberanismo-me-espanta-lleva-a-las-guerras-1.37327971> (Consultada el 5 de enero de 2021).

Alba Martin, R., "El concepto de cuidado a lo largo de la historia", Cultura de los Cuidados, 41, 2015.

Albareda Tiana, S., "Aportaciones de la *Laudato si*` en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", Scripta Theologica, 48, 2016.

Amo Usanos, R., "Fundamentos de ecología integral", Estudios Eclesiásticos, 94/368, 2019.

Benedicto XVI, "Carta encíclica *Caritas in veritate",* 2009, en AAS 101 (2009) 641-709.

Benítez, P., "Querida Amazonia. Una primera lectura", Scripta Theologica, 52, 2020.

Blanco, P., "*Laudato si'*. Care for Creation at the Center of a New Social Issue", Journal of Religious Ethics, 46:3, 2018.

Carbajo Núñez, M., "Desafíos éticos globales a la luz de la encíclica Laudato Si´y del Jubileo de la Misericordia", Didaskalia, XLVI, 2016.

Carrera i Carrera, J. y Puig, L., "Hacia una Ecología Integral", Cristianisme i Justicia, Barcelona, 2017.

Concilio Vaticano II, "Constitución pastoral *Gaudium et spes"*, 1965, en AAS 58 (1966) 1025-1120.

De Carolis, A. y Valiante, F., "Amar la Amazonia y sus pueblos para salvar el planeta" entrevista con el card. Czerny, secretario especial del Sínodo para la Amazonia, en *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española 52/7 (14 febrero 2020) 7.

Documento final del Sínodo de los obispos al Santo Padre Francisco, 2019. Disponible en: <

https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2019/10/26/0820/01706.html>. (Consultada el 5 de enero de 2021).

Documento preparatorio del Sínodo de los Obispos para la Asamblea Especial sobre la Región Panamazónica, "Amazonía, Nuevos caminos para la Iglesia y para una ecología integral", 2018. Disponible en: < https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2018/06/08/panam.html>. (Consultada el 5 de enero de 2021).

Franchi, L., "Laudato si´y la educación ecológica", PEL, 53(2), 2016.

Francisco, "Discurso ante la Asamblea General de la ONU", 2015. Disponible en: http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html. (Consultada el 7 de enero de 2021)

Francisco, "Encíclica Laudato Si", Ciudad del Vaticano, 2015. Disponible en: <http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>, visitada el 23 de diciembre de 2020. (Consultada el 27 de diciembre de 2020).

Francisco, "Exhortación Apostólica *Evangelium Gaudium*", 2013. Disponible en: http://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html. (Consultada el 7 de enero de 2021)

Francisco, "Exhortación Apostólica Postsinodal Querida Amazonia", 2020. Disponible en: http://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20200202_querida-amazonia.html. (Consultada el 7 de enero de 2021)

Guillermo Portela, J., "Hacia una ecología integral: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos", Prudentia Iuris, 83, 2017.

Iheka, C., "Pope Francis' Integral Ecology and Environmentalism for the Poor", Environmental Ethics, 39, 2017

Imanaka, J. L., Prussia, G., & Alexis, S., "*Laudato Si'* and Integral Ecology: A Reconceptualization of Sustainability", Journal of Management for Global Sustainability, 5:1, 2017

Instrumentum laboris de la Asamblea Especial para la Región Panamazónica del Sínodo de los Obispos, 2019. Disponible en: < https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2019/06/17/ins.html>. (Consultada el 5 de enero de 2021).

Jenkins, W., "The Future of Ethics: Sustainability, Social Justice, and Religious Creativity", Georgetown University Press, 2013.

Juan Pablo II, "Discurso a los participantes en un Congreso Internacional sobre Ambiente y salud", L'Osservatore Romano, ed. semanal en lengua española, 11 abril 1997.

Levy, D. L., "Environmentalism explained (part 1)", 2010. Disponible en: http://climateinc.org/2010/08/environmentalism-explained/. (Consultada el 7 de enero de 2021)

Madrigal, S., "El cuidado de la casa común. Releyendo 'Laudato si´" en su quinto aniversario", Estudios eclesiásticos, vol. 95 nº 374, 2020.

Marcelo Cáceres, A., "El pensamiento ecológico del Papa Francisco", Moralia, 38, 2015.

Marcelo Cáceres, A., "La globalización según el pensamiento del Papa Francisco", Moralia, 39, 2016.

Martín-Fiorino, V., "Ecología integral y metas del Milenio: repensar el *oikos* global desde el cuidado y la responsabilidad", en Ivo Follmann, J., (Organizador), *Ecología integral: abordagens (im)pertinentes (Volume 1),* Sao Leopoldo: Casa Leiria, 2020.

Martins, Alexandre A., "*Laudato si´*: integral ecology and preferential option for the poor, Journal of Religious Ethics, 46:3, 2018 Mejía Correa, I. F., "Laudato si´: un nuevo paradigma ecológico", RAM, 7.1, 2016.

Mills, M. A., "Is Pope Francis Anti-Modern? Pope Francis on the Environment II," The New Atlantis, 47, 2015.

Montgomery, W. D., "The Flawed Economics of *Laudato Si',*" The Atlantis, 47, 2015.

Morgan, J., "Yet all is not lost: an account and defense of ecological conversion in Laudato si", HeyJ, LIX, 2018.

Moyano, E., "Un ensayo sobre la *Laudato si´* y su contribución a la conciencia ambiental", Revista de Fomento Social, 73/3-4, 2018.

Nolan, C., "Global Problem, Individual Solutions? The Challenges of *Laudato Si*", The Catholic Social Science Review, 25, 2020.

Pérez Andreo, B., "Ecología integral. Una lectura de *Laudato si´* desde el capitalismo neoliberal", Miscelánea Comillas, 74, 2016.

Pontificio Consejo de Justicia y paz, "Compendio de Doctrina Social de la Iglesia", 2005. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/docu

ments/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html#Origen%20y%20significado. (Consultada el 7 de enero de 2021)

Rubio, M., "Laudato si´: una teología de la creación en perspectiva ecológica", Moralia, 39, 2016.

Sols Lucia, J., "Del desarrollo integral del hombre a la ecología integral. Análisis comparativo de los conceptos de *desarrollo integral del hombre* (*Populorum Progressio*, Pablo VI, 1967) y de *ecología integral* (*Laudato Si'*, Francisco, 2015)", Revista de fomento Social, 73/2, 2018.

Valadez Fuentes, S., "Globalización y Solidaridad: una aproximación teológica-pastoral desde América Latina", Universidad Pontificia de México, 2005.

Walpole, P., "Do not be afraid. Laudato si' and Integral Ecology", The Way, 54/4, 2015

AMÉRICA LATINA E SUAS CONTRIBUIÇÕES EM DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao direito interno

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro
Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Brasil, claudia.loureiro@ufu.br

Daniel Urias Pereira Feitoza
Graduando em Direito na Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Brasil, danielurias31@gmail.com

Pedro Lucchetti Silva
Graduando em Direito na Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Brasil, pedrolucchetti1@gmail.com

Resumo: Baseado nas principais contribuições do sistema interamericano em matéria direito ambiental esse trabalho visa traçar uma linha expositiva acerca da relação intrínseca entre direito ambiental e direitos humanos. Nesse contexto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição *prima facie* para a manutenção da dignidade humana, partindo desse pressuposto a constitucionalização dessa relação pode ser analisada em países latino-americanos como Bolívia e Equador e usadas como fonte jurídica em outros países que compõem o sistema interamericano. Sendo tal sistema usado como ferramenta normativa, de caráter consultivo conciliatório, busca a adequação das normas de direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos, como pode ser analisada na Opinião Consultiva 23/2017.

Palavras-chave: Direito Ambiental, Direitos Humanos, Direito Internacional, Opinião Consultiva, Sistema Interamericano.

Abstract: Based on the main contributions of the interamerican system in an environment law perspective this paper aims to trace a expositive line of tought regarding the intrinsic relation between environmental law and human rights. In this context, the right to an ecologically balanced environment is a prime condition to manutance of human dignity, from this point of view the constitutionalization of this relation may be analysed in latin americans countries like Bolivia and Equador and used as legal sources in others countries that compose the inter-american system. Being such system used as a normative tool, in advisories and

conciliatories matters, that adequate the norms to suit the American Convention of Human Rights, as it can be analysed in the Consultative Opinion 23/2017.

Keywords: Consultative Opinion, Environmental Law, Human Rights, International Law, Inter-American System.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem o objetivo de analisar a contribuição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a construção de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no que diz respeito ao direito latino-americano.

Inicialmente, o artigo apresentará uma perspectiva a respeito da evolução do Direito Ambiental Internacional com a finalidade de situar o leitor na sociedade internacional no contexto da proteção ao meio ambiente.

Com a finalidade de demonstrar a importância do Sistema Interamericano para a proteção ao meio ambiente, o artigo analisará a Opinião Consultiva nº 23/2017 sobre a relação intrínseca entre direitos humanos e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua natureza vinculante para os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, além de propiciar a discussão entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito doméstico, no que diz respeito ao dever de devida diligência e do controle de convencionalidade.

A partir das premissas ora formuladas, o trabalho avançará para a abordagem da constitucionalização da proteção ao meio ambiente na perspectiva latino-americana, inserindo a reflexão a respeito das Constituições Pachamama, da Bolívia e do Equador para demonstrar como o direito doméstico deve constitucionalizar a proteção ao meio ambiente em consonância com a prevalência dos direitos humanos.

Nesse sentido, o trabalho se revela extremamente relevante dentro do cenário internacional, uma vez que a discussão a respeito da tipificação do crime de ecocídio como crime contra a humanidade tem se intensificado diante de grandes catástrofes internacionais relacionadas ao meio ambiente.

Assim, o objetivo geral do trabalho é analisar a relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos humanos e o específico é explorar como o direito doméstico se relaciona com o direito internacional dos

direitos humanos para fomentar a constitucionalização da proteção ao meio ambiente, numa perspectiva da metodologia dedutiva.

O artigo tem a finalidade de corroborar a afirmação de que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está intrinsecamente ligada aos direitos humanos e que é imprescindível que o direito doméstico dos Estados se adapte ao direito interamericano para corroborar as perspectivas latino-americanas de proteção ao meio ambiente.

Ademais, o presente trabalho aborda como uma nova teoria constitucional verdadeiramente latino-americana poderia servir como fio condutor na discussão de retomada dos ideais intrínsecas aos povos originários de uma unidade entre indivíduo e meio ambiente, condição essa que pode ser analisada na Declaração dos Povos Indígenas da Nações Unidas.

Tal nova teoria constitucional traz a tona uma forma de direito mais palpável às realidades vivenciadas no polo sul do continente americano uma vez que conta com uma ampla participação popular, estabelecendo dessa forma uma identidade entre norma jurídica e indivíduo.

1. O panorama do direito internacional ambiental

Ao longo da história humana em suas diferentes civilizações a relação indivíduo-natureza sofreu mutações e a visão da sociedade ante o ambiente que a rodeia passou de sagrada, adotando um aspecto de comunhão entre o ser e o ambiente, de forma ecocêntrica, comum em diversas religiões pré-cristãs, até os moldes atuais em que se estabelece uma relação de dominação da humanidade em relação à natureza e seus recursos. Tal percepção atual cria um hiato entre a humanidade e o ecossistema que essa integra e implanta uma noção antropocêntrica de servitude da natureza ante o indivíduo, o que faz com que este, por se sentir parte distinta do ambiente que habita, adote atitudes predatórias e desastrosas ao meio ambiente.

Nesse contexto, a gênese da mediação de tais conflitos decorrentes de ações humanas ante a natureza, segundo a doutrina, deu-se com o caso *Trail Smelter Case* (ONU, 1982), em 1941 onde não havia cortes internacionais para realizar o julgamento. O caso entre EUA e Canadá no qual a população da parte ao sul da fronteira entre o estado de Washington e os estados fronteiriços pertencentes ao Estado canadense levantou o processo contra o governo do Canadá devido às

emissões tóxicas que prejudicavam o seu cotidiano, o veredito foi favorável aos Estados Unidos, uma vez que a decisão reflete a respeito dos danos transfronteiriços de emissões de gases emitidos pelo governo canadense.

A partir desse veredito a necessidade de regulamentação do direito ambiental por meio do direito internacional se tornou cada vez mais evidente até que em 1972 foi sediada pela Organização das Nações Unidas na Suécia a Conferência de Estocolmo, essa pode ser considerada como a primeira ação conjunta de uma organização transnacional com o fito de solucionar, por meio de auxílio conjunto de vários países, os problemas ambientais globais. Tal conferência teve como fruto três documentos, sendo eles A Declaração dos princípios de Estocolmo (ONU, 1972) documento de caráter puramente político que dita 26 princípios de proteção e preservação ambiental; O Plano de Ação para o Meio Ambiente (ONU, 2015) composto de 109 recomendações para a formatação de políticas efetivas para cumprir o fito da conferência, e por fim a resolução que instaurou O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (ONU, 1992), órgão integrado à ONU que visa estabelecer políticas internacionais para a efetivação do desenvolvimento sustentável (CtIDH, 2017).

Nos anos que sucederam a Conferência a atenção internacional finalmente se voltava para as catástrofes ambientais, diversos avanços foram feitos na direção da concretização dos objetivos estabelecidos pela ONU. Todavia, referido período também foi marcado por inúmeras catástrofes ambientais de responsabilidade humana, os agentes químicos utilizados por tropas estadunidenses na guerra do Vietnã (1975) ainda causavam grandes danos ao ecossistema do país mesmo após o fim da guerra, uma explosão na fábrica indiana da *Union Carbide* (JASANOFF, 2007) liberou gases tóxicos que causaram a morte de aproximadamente vinte mil pessoas. Concomitantemente, o ápice de tais catástrofes se deu em 1986 quando o superaquecimento de um reator da Usina Nuclear de Chernobyl ocasionou sua explosão, não se sabe ao certo a magnitude dos danos causados pela detonação, todavia estimam-se consequências em escala global, sendo os países da Europa central os mais afetados pela radiação proveniente da catástrofe .

Em meio a esse cenário conflituoso de avanços políticos do direito ambiental internacional acompanhados de catástrofes em sequência foi sediada a Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) no Rio de Janeiro. Essa convenção resultou na criação dos seguintes documentos: Agenda 21 (ONU, 1992), documento com o fito de nortear políticas públicas para o desenvolvimento ambientalmente responsável; Declaração de Princípios sobre

as Florestas (ONU, 1992), que rege a exploração econômica das florestas; Declaração de Princípios sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992), compilado de princípios que regem o desenvolvimento sustentável e a proteção dos interesses das presentes e futuras gerações; por fim foi originada a Comissão Sobre Meio Ambiente e Para o Desenvolvimento (CNUMAD, 1991), órgão integrado à ONU que visa a perpetuação dos princípios estabelecidos na convenção.

Dessa forma, no presente artigo foi realizada uma pesquisa descritiva sob uma abordagem hipotético dedutiva propondo traçar uma linha de raciocínio jurídica da contribuição do sistema interamericano para o direito ambiental internacional. Ademais, o trabalho analisa características individuais do direito interno de países latino americanos no que tange ao direito ambiental, bem como a necessidade de adaptação do direito ambiental doméstico à Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto San José da Costa Rica de 1969, principalmente diante da função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão pertencente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A pesquisa ainda analisa a problemática de que alguns países latino-americanos não desenvolveram textos normativos sólidos na questão ambiental, dado como exemplo a solicitação feita pelo governo da Colômbia à CtIDH, posteriormente publicando a OC 23/2017 (CIDH, 2017), que solicitou uma interpretação jurídica ambiental do Pacto São José de Costa Rica frente a construções no mar caribenho realizadas pela Nicarágua. Partindo desse princípio, resta evidente que o Sistema Interamericano oferece textos normativos, os quais amplamente ratificados pelos países integrantes da Organização dos Estados Americanos, assim como os pareceres consultivos emitidos pelo próprio sistema, proporcionam caminhos a serem seguidos para a consolidação de uma norma ambiental interna *opinio juris*, uma vez que é intrínseca a relação entre direitos humanos e direito ambiental (CIDH, 2017) .

Apesar dos avanços políticos em matéria de conscientização de direito ambiental a nível global que tais documentos emitidos pela ONU trouxeram, é imperioso ressaltar que as mesmas têm natureza jurídica de *soft law*, o que dificulta a imposição de obrigações aos Estados signatários, a princípio, uma vez que normas dessa natureza não estão totalmente desprovidas de força legal. Paralelo a isso, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos as convenções, aqui na figura da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto São José da Costa Rica, possuem um cunho normativo sólido o suficiente para que a Corte

Interamericana exerça além de um caráter consultivo um controle de convencionalidade no direito interno dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos a ponto de adequar o seu direito doméstico as normas produzidas pelo sistema regional.

Em que pese a dificuldade de se implantar os princípios das Convenções globais e de ximpor determinadas obrigações aos Estados, várias condutas lesivas ao meio ambiente foram positivadas pelos Estados, com o fito de proteger o meio ambiente e punir aqueles responsáveis por sua degradação. Todavia, os ordenamentos jurídicos domésticos carecem de tipificação penal que responsabilize o agente lesivo por dano massivo à natureza que atinja direta ou indiretamente as condições de vida dos seres humanos, como a destruição de ecossistemas, o que configura o "ecocídio".

A necessidade de se positivar o ecocídio no Estatuto de Roma de 1998 como crime contra a humanidade seria uma alternativa plausível para abarcar as consideráveis degradações ao meio ambiente que causem graves danos aos interesses da humanidade, mas o tema sofre a resistência ampla e generalizada da sociedade internacional.

Ainda é de suma importância ressaltar a condição intrínseca do crime de ecocídio como um crime contra a humanidade, uma vez que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado por diversos tratados como um direito personalíssimo, inclusive sobre interpretações do artigo 11 do Tratado de São José da Costa Rica.

A esse respeito, interessante analisar o Parecer Consultivo nº 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que consignou a relação intrínseca entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos humanos.

2. Opinião Consultiva 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a intrínseca relação entre meio ambiente e direitos humanos

A Opinião Consultiva 23/2017 foi solicitada pela República da Colômbia com a finalidade de estabelecer a interpretação do Pacto de San José da Costa Rica quando existir o risco de construções e obras de infraestrutura afetarem de forma grave o meio ambiente (CtIDH, 2017).

Uma das ideias mais importantes decorrentes do Parecer Consultivo em apreço é a de que existe uma relação intrínseca entre direitos humanos e meio ambiente e a necessidade de se proteger o meio ambiente e o pleno gozo de todos os direitos humanos. (CtIDH, 2017).

A esse respeito, a Carta Democrática Interamericana estabelece a necessidade de os Estados implementarem políticas e estratégias de proteção ao meio ambiente, respeitando os diversos tratados e convenções para alcançar o desenvolvimento sustentável em benefício das futuras gerações, ressaltando os princípios da democracia representativa, do princípio da não-intervenção, da solidariedade, da cooperação e a defesa ao meio ambiente.

Além disso, o Programa Interamericano para Desenvolvimento Sustentável de 2016-2021 (OEA, 2016) enfatiza três dimensões do meio ambiente, a saber, a econômica, a social e a ambiental, de caráter integrado e indivisível, com o fim de lograr o desenvolvimento, erradicar a pobreza, promover a igualdade, a equidade e a inclusão social.

Nesse sentido, a Corte enfatizou que a interpretação da CADH deve se dar de acordo com a regra geral e consuetudinária de interpretação baseada na boa-fé prevista nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, bem como no sentido da proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, de acordo com o princípio *pro personae* e em consonância com o previsto no artigo 29 da CADH, que estabelece que nenhum dispositivo da Convenção deva ser interpretado de forma a restringir o exercício de qualquer direito ou liberdade, nem de limitar o efeito que pode produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948[1].

Outro critério importante que ficou expressamente consignado no Parecer Consultivo em apreço, e que também é entendimento pacífico da Corte, foi o de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.

Assim, o direito ambiental está interligado às obrigações de respeitar os direitos humanos e o extenso *corpus iuris* do direito ambiental internacional deve

[1] Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

ser interpretado de forma sistemática, como parte de um todo cujo significado e alcance devem estar em consonância com o sistema jurídico ao qual pertencem.

Por essa razão, a degradação ambiental e os efeitos adversos das mudanças climáticas afetam o gozo efetivo dos direitos humanos e, nesse sentido, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador (CIDH, 1988), ressalta a estreita relação entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais, que inclui o direito a um meio ambiente sadio.

Merece destaque a abordagem da Corte relativamente aos direitos territoriais dos Povos Indígenas e tribais e sua relação com a proteção ao meio ambiente. Nesse sentido, o Tribunal se referiu a uma relação entre o meio ambiente são os direitos humanos, considerando que a propriedade coletiva está vinculada à preservação e ao acesso aos recursos que se encontram nos territórios dos povos que são necessários para a sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida dos povos[2].

Há, portanto, uma vinculação entre o direito a uma vida digna com a proteção do território ancestral e os recursos naturais dos Povos Indígenas, de especial vulnerabilidade. Nesse aspecto, interessante ressaltar a jurisprudência da Corte Interamericana que, ao prolatar a sentença do Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil (CtIDH, 2018), ressaltou a condição de sujeitos de direitos dos Povos Indígenas decorrente de sua personalidade jurídica, consagrada com a proteção de sua cultura, terra, patrimônio histórico etc.

Importa ressaltar a relação existente entre os direitos dos Povos Indígenas, enquanto sujeitos de direito com personalidade jurídica com o ideal Pachamama, presente nas Constituições da Bolívia e do Equador, que, dentre outras situações relevantes, reflete a importância da manutenção dos Povos Indígenas para a proteção e a preservação do meio ambiente em sua ampla acepção, natural, artificial, cultural, do trabalho e demais acepções. Mais do que bem público de determinado povo pertencente a um Estado específico, a proteção aos direitos dos Povos Indígenas representa patrimônio histórico da humanidade, uma vez que

[2] Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

reflete os interesses da humanidade na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isso, os Estados devem tomar todas as medidas positivas para assegurar aos Povos Indígenas uma vida digna que compreenda a proteção da estreita relação que mantêm com a terra e seu projeto de vida em sua dimensão individual e coletiva, uma vez que a falta de acesso aos territórios e aos recursos naturais correspondentes pode expor as comunidades indígenas a epidemias e a desproteção extrema, o que pode gerar violação aos direitos humanos.

Além disso, o Parecer em análise também ressaltou que vários direitos fundamentais requerem uma pré-condição necessária para o seu exercício, uma qualidade mínima de meio ambiente. Desse modo, a relação entre a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos constam da Declaração de Estocolmo que prevê que o desenvolvimento econômico e social é indispensável para o meio ambiente. Referida ideia também reflete a Agenda 2030 que prevê que o alcance dos direitos humanos depende do desenvolvimento econômico, social e ambiental (CtIDH, 2017, pp 56-70).

Logo, há uma relação de interdependência entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente e, nesse aspecto, o direito ao meio ambiente sadio, previsto no artigo 11 do Protocolo da San Salvador, enfatiza que toda pessoa tem o direito ao meio ambiente sadio e a contar com serviços básicos, devendo os Estados promoverem a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

Referido direito também está inserido no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e essas normas também se encontram protegidas pelos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948 e pelos direitos que derivam de uma interpretação da Convenção de acordo com seu artigo 29.

Ademais, o direito ao meio ambiente também pode ser entendido como um direito que tem conotação individual e coletiva. No âmbito individual, o desrespeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado gera consequências para a vida das pessoas de forma direta ou indireta, no direito à saúde, no direito à vida e em outros aspectos. Em sua conotação coletiva, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental para a

existência da humanidade, de interesse universal e direito das gerações presentes e futuras.

Nesse contexto, o direito à vida é fundamental para a CADH e sua proteção depende da realização dos demais direitos, o que se extrai do artigo 4º da Convenção e de seu artigo 1.1 que prescrevem, respectivamente, a obrigação negativa de que nenhuma pessoa deve ser privada de sua vida arbitrariamente e a obrigação de os Estados garantirem o pleno gozo e o exercício dos direitos humanos, como obrigação positiva, adotando políticas públicas e medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida, tem intrínseca relação com o direito à integridade pessoal.

Sobre o dever de devida diligência, importante destacar que é decorrente do regime jurídico oriundo do marco do artigo 1.1. da CADH que estabelece que os Estados têm a obrigação *erga omnes* de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos humanos, respeitando os direitos e as liberdades reconhecidas na CADH, se abstendo de praticar atos que restrinjam o acesso a uma vida digna e que contaminem o meio ambiente, com a finalidade de proteger o direito à vida e à integridade pessoal.[3]

O dever de diligência dos Estados em relação ao meio ambiente também abarca a responsabilidade dos Estados em relação a conduta de terceiros quando resultar da falta de regulação, supervisão ou fiscalização das atividades de terceiros

[3] Sobre o dever de devida diligência, consultar: MAGALHÃES LOUREIRO, Claudia. A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo. In: 16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2018, Foz do Iguaçu. Direito Internacional em Expansão. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018. v. XIII. p. 47-65."O dever de os Estados agir com a devida diligência decorre do artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 como o dever que o Estado tem de prevenir e investigar possíveis situações de trabalho escravo contemporâneo, conformando-se como o marco jurídico de proteção adequado que deve ser ofertado pelo Estado, com a aplicação de políticas públicas de prevenção e de práticas eficazes. Referida ideia decorre do conceito de devida diligência como: "the diligence reasonably expected from, and ordinarily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or discharge an obligation". Logo, os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância ao trabalho escravo contemporâneo e modificar os padrões socioculturais imperantes na sociedade."

que causem danos ao meio ambiente, o que decorre da relação de causalidade entre a afetação da vida e da integridade pessoal e o dano causado ao meio ambiente.

Nesse sentido, de acordo com a devida diligência, os Estados devem adotar todas as medidas apropriadas para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, que têm intrínseca relação com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois são a base para que este se concretize, o que também é pressuposto para que o Estado garanta o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na CADH. E, nesse sentido, merecem destaque três consequências importantes do dever de devida diligência, a saber, a obrigação de prevenção, o princípio da precaução e a obrigação de cooperação[4].

A obrigação de prevenir danos ao meio ambiente está relacionada a obrigação de devida diligência internacional de não causar ou permitir que causem danos ao meio ambiente, uma vez que o princípio da prevenção forma parte do Direito Internacional consuetudinário. Assim, a obrigação de prevenção surge quando há

[4] Nesse sentido, interessante ressaltar que: "The legal grounding of conventionality control is located principally in articles 1.1, 2, and 29 of the ACHR, and in articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Articles 1.1 and 2 of the ACHR outline state duties to develop practices which ensure effective observance of the rights and freedoms enshrined in the pact, thereby requiring that national laws be interpreted in such way as to comply with their obligations to respect and guarantee rights. Article 29 of the ACHR sets out authorities' duty to enable the enjoyment and exercise of rights established in the ACHR to the fullest extent possible, by effecting the most favorable interpretation of laws for this to occur. Finally, the duty of states to ensure compliance with their obligations under the ACHR are reinforced, in a subordinate manner, by the principles of good faith, effectiveness and pacta sunt servanda, as well as by a judicial ban on drawing on domestic law as a means to justify failure to comply with treaties (in accordance with articles 26 and 27 of the Vienna Convention). Collectively, these aspects provide the legal basis of conventionality control. In my view, article 25 of the ACHR additionally forms part of the legal basis of judicial conventionality control, in that this provision refers to the right to simple, prompt and effective recourse to a competent court or tribunal for "protection" against acts that violate the fundamental rights recognized by the constitution, the laws of the state concerned or by the convention itself. Accordingly, this provision constitutes an integral ele- ment of rights, in that it sets out a right to the guarantee of fundamental rights enshrined in the Convention and in national sources." (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control. The new doctrine of the Inter American Court of Human Rights. ASIL, v. 109, 2015, p. 93-99 (p.96). Disponível em <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf> Acesso em 21 fev .2020.

o risco de dano significativo ao meio ambiente e, para a Corte, este reflete o dano à vida ou à integridade pessoal, e os Estados devem tomar todas as medidas para prevenir referido dano ao meio ambiente dentro e fora de seu território.

Dentre as medidas que devem e podem ser adotadas pelos Estados no sentido de cumprir com o seu dever de devida diligência destacam-se a regulação das atividades, decorrente do artigo 2º da CADH; a supervisão e a fiscalização; a realização de EIA-RIMA – Estudos de Impacto Ambiental com o consequente relatório, com a finalidade de estabelecer um plano de contingência para mitigar os danos ambientais.

Nesse sentido, o princípio da precaução também representa uma ferramenta importante para a proteção ao meio ambiente, uma vez que visa a adoção de medidas eficazes para prevenir o dano irreversível quando não se tem certeza científica dos impactos negativos que uma atividade ou empreendimento possa causar ao meio ambiente.

Do mesmo modo, o dever de cooperação também é decorrência do dever de diligência, uma vez que os Estados devem cooperar entre si para encontrar soluções eficazes para evitar danos ao meio ambiente, como o dever de notificar, o dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados pelos danos transfronteiriços; o intercâmbio de informações; a participação pública e o acesso à justiça, o que decorre do artigo 26 da CADH, do Protocolo de São Salvador e da Declaração de Estocolmo e do Rio (JESSUP, 1965).

Como decorrência do dever de diligência, os Estados devem realizar todas as medidas necessárias para adaptar o seu ordenamento jurídico à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos feita pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, principalmente através do controle de convencionalidade, conforme será analisado a seguir.

3. Do controle de convencionalidade como decorrência do dever de devida diligência

Tem-se o controle de convencionalidade como ferramenta regulatória do direito internacional e, no que tange o sistema interamericano, esse tem como fito promover a adequação das normas do direito doméstico para que não violem os

preceitos inerentes aos direitos humanos previstos pela CADH e os demais pactos vinculados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos[5].

Nesse sentido, as regras brasileiras relativas ao direito ambiental deveriam se adequar à Constituição Federal de 1988, bem como às normas pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, observando-se a dupla compatibilidade vertical, a fim de que haja consonância entre o direito doméstico e o direito interamericano, vedando-se a alegação do direito interno para justificar o descumprimento das normas internacionais, de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

O controle de convencionalidade deve ser observado no âmbito administrativo e judicial, de modo que os entes administrativos que exercem a competência comum no sentido da proteção ao meio ambiente devem observar o direito interamericano na condução de suas políticas publicas. Além disso, tanto no controle difuso como no concentrado, o Poder Judiciário também tem o dever de realizar o controle de convencionalidade, convertendo-se em um juiz interamericano, a fim de prevenir violações aos direitos humanos.

Em relação ao tema, salutar a citação do caso da CtDH "Barrios Altos vs Peru" (CtIDH, 2001), uma vez que tal julgamento foi o primeiro na história do direito internacional contemporâneo e de um sistema regional a declarar inválida uma norma de direito interno. Nesse caso, o governo peruano foi responsabilizado por positivar normas que concediam anistia para membros do exército peruano que assassinavam opositores do governo Fujimori.

Nesse contexto, é importante destacar que a posição sem precedentes da corte sobre controle de convencionalidade se dá na concepção de que o direito interno dos países precisa estabelecer um grau de compatibilidade com os documentos e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma das possibilidades a serem abarcadas por este presente estudo se dá na hipótese da CtIDH e CIDH realizar um controle de compatibilidade entre das normas do Estado e os entendimento da corte sobre a pauta ambiental.

As decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos trazem não só uma resolução dos casos submetidos à sua análise, mas também

[5] Entende-se como controle de convencionalidade a obrigação internacional para com os Estados partes da Convenção Americana de Direitos Humanos. CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado. Revista Direito GV, São Paulo 9 (2), jul-dez 2013, p. 721-754.

apresentam-se como precedentes válidos e vinculantes em futuros processos decisórios, sejam eles aspectos políticos, legislativos ou da sociedade como um todo (FIGUEIREDO, 2013). Nesse raciocínio, como já citado anteriormente a manutenção de um meio ambiente sadio é imprescindível à vida humana.

Logo, o direito à vida mostra-se intrinsecamente ligado às esferas de proteção dos direitos humanos, sobretudo na esfera ambiental, uma vez que a garantia do segundo é essencial para a execução plena do primeiro. Partindo desse princípio normas que não desenvolvem medidas normativas ambientais ferem o artigo 4º da CADH assim como o artigo 1.1 que prescrevem que os Estados garantam o pleno gozo e exercício dos direitos humanos pactuados por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sob tal perspectiva internacional, intrínseca a relação entre o dever de devida diligência e a responsabilidade dos Estados, no âmbito internacional, de prevenir, investigar e punir eventuais crimes de violação aos direitos humanos.

Assim, amparado na devida diligência, sobretudo no princípio da precaução, e no controle de convencionalidade do sistema interamericanos, revela-se extremamente necessário que os Estados desenvolvam em suas constituições normas em consonância com a CADH e os demais documentos emitidos pela CIDH e a CtIDH concretizando, assim, a execução devida do pacto firmado entre os estados e o próprio sistema regional, uma vez que a observância de tais preceitos pelo direito doméstico corrobora a manutenção de um meio ambiente salubre, essencial para a concretização dos direitos humanos.

4. A constitucionalização da proteção do meio ambiente: perspectivas latino-americanas

Levando em consideração os diversos avanços sobre tratados em matéria de Direito Ambiental ao redor do mundo, é importante considerar uma reflexão sobre o processo de constitucionalização da proteção ao meio ambiente. Nesse contexto, pensar em um direito ambiental latino-americano se faz extremamente importante para atingir políticas efetivas que visem evoluir a percepção biocêntrica das relações jurídicas e garantir um desenvolvimento sustentável sadio. Em termos de Direito comparado, no âmbito da América Latina, destaca-se a nova teoria constitucional empreendida por países que tem sido referência em rompimento com correntes constitucionalistas europeias como Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia que visam criar um ordenamento baseado em suas culturas locais.

O que o novo constitucionalismo latino-americano visa é, de modo geral, recuperar a soberania popular dos cidadãos no processo constituinte através de sólidos sistemas de garantias de direitos fundamentais tendo como destaque o multiculturalismo e a importância das comunidades indígenas que são a base das características culturais da América Latina no que tange a preservação ambiental (DALMAU; PASTOR, 2010). Embora se trate de uma corrente de empoderamento dos atores populares do processo jurídico, em matéria de Direito Ambiental, a percepção de um meio ambiente equilibrado não se dá de forma antropocêntrica e sim ecocêntrica, uma vez que pensar em natureza com um ser dotado de direitos é também uma forma de reconhecer a relação que os povos indígenas culturalmente desenvolveram de a mãe-terra e indivíduo serem um só.

A constitucionalização desse pensamento, se dá primeiramente no texto normativo do Equador em 2008 sobretudo no art. 71:

> Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (ECUADOR, 2008).

A relevância da manutenção dos direitos ao meio ambiente, conforme exposta acima na Constituição do Equador de 2008, é a base da argumentação feita pela própria CtIDH na opinião consultiva 23/2017, em seu parágrafo 68, que afirma que a concretude de todos os direitos humanos só é possível a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que danos ambientais colocam em cheque a plenitude de todos os outros direitos (CtIDH, 2017). Logo, é premente a consolidação da concepção jurídica da personalização do meio ambiente, pois essa lógica contra-hegemônica conduz a harmonia ambiental, uma vez que envolve uma perspectiva interconectada e interdependente da existência humana, em outras palavras.

Revela-se, ainda, de suma importância ressaltar o papel das comunidades originárias na ação da constitucionalização dos direitos ambientais, entende-se a profunda relevância da conexão dos povos indígenas com a terra e a natureza, sobretudo nos países precursores de tal processo constitutivo, observando-se a presença de conceitos como o Vivir Bien. Referido processo de re-visitação aos

preceitos indígenas dá-se no início do século XXI e prega uma forma de vida harmoniosa com a Pacha, considerada como o todo (SOLÓN, 2019). Seguindo tal conceito, é de importância prima a descolonização da terra e do povo, é importante negar os conceitos europeus para que se possa criar uma sociedade harmoniosa, seria necessário retomar o passado para recuperar o futuro (CUSICANQUI, 2010).

Segundo a visão dos povos andinos o Pacha, muitas vezes traduzido como Terra ou Mãe Terra, integra o todo, descarta a visão antropocêntrica que separa a humanidade do ambiente em que habita, adota uma noção ecocêntrica em que tudo está integrado e deve conviver de forma pacífica e harmoniosa.

Como já supracitado a concepção da Pacha Mama como um conceito jurídico já se faz presente na constituição equatoriana desde 2008. Ademais é evidente a presença do conceito do Vivir Bien, na constituição boliviana, onde este se apresenta como uma série de preceitos éticos e morais a serem seguidos, um ideal de vida a ser alcançado, enquanto o mesmo conceito faz-se presente na constituição equatoriana como uma série de direitos intrínsecos ao indivíduo e associados aos conceitos indígenas andinos. Tal disparidade na adoção dos preceitos de comunidades originárias nos processos constitutivos dá-se pela pluralidade das experiências culturais e políticas desses países.

De tal forma, fica evidente como as experiências políticas que deram voz aos povos originários no processo de constitucionalização teve como fruto a positivação de normas precursoras do direito ambiental, uma vez que se dissociou das idéias colonizadoras e retornou as noções ecocêntricas da vida harmônica em sociedade. Nesse viés, o caráter elitista constitucional tradicional latino americano, ao reforçar a disparidade entre indivíduo e natureza, afasta também a importância e relevância das tradições culturais indígenas que são a base da concepção ecocêntrica do neoconstitucionalismo em países como Equador e Bolívia (FLORES, 2013). A nova teoria constitucional, ao trazer de volta a soberania popular, resgata as filosofias originárias dos povos indígenas andinos moldando dessa forma, um ordenamento jurídico mais palpável e legítimo para as realidades sociais, econômicas e políticas dos países latino-americanos.

Dessa forma, é importante levar em consideração o direito comparado dentro dos países pertencentes ao sistema interamericano para o aprofundamento do debate a respeito do direito ambiental e a incorporação de normas de direitos humanos ao direito doméstico dos países que compõem o sistema. Todavia, não se pode descartar as experiências culturais, políticas e econômicas singulares

dentro de cada um desses territórios, sendo essencial a participação da sociedade civil nos processos de enriquecimento do direito ambiental para que assim esse possa gozar de legitimidade máxima dentro de seu ordenamento.

Concomitantemente, revela-se ainda de suma importância a participação do sistema interamericano nesse processo uma vez que é de interesse coletivo que todos os seus integrantes estejam no mesmo plano em relação aos direitos ambientais que afetam de forma direta a perpetuação dos direitos humanos, das gerações atuais e da manutenção de um ambiente salubre para as gerações vindouras, cumprindo dessa forma seu papel como órgão mediador e consultivo na promoção de direitos humanos.

Nesse processo de transição de adequação dos países que compõem o SIDH à CADH, é necessário enfatizar o controle de convencionalidade, uma vez que por meio dessa mecanismo, haveria a possibilidade de um compliance entre o ordenamento jurídico interamericano e o direito doméstico dos países pertencentes ao sistema interamericano, a fim de que haja a adequação da norma jurídica interna com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além disso, o direito internacional também contribui nesse processo amparado pela devida diligência, sobretudo no que diz respeito ao princípio da precaução, que tem origem na Convenção de Diversidade Biológica, que consiste em determinar medidas que visem prevenir possíveis danos irreversíveis e/ou transfronteiriços.

Logo, a devida diligência seria uma ligação entre o direito interno com o direito internacional no que diz respeito à responsabilidade do Estado de previnir, investigar e punir crimes de direito ambiental.

Assim, ressalta-se a importância da formulação de uma sistemática jurídica internacional que compartilhe dos mesmos preceitos, uma vez que se trata de um valor comum estabelecido em conjunto com a gênese da discussão internacional do direito ambiental em 1972 na Convenção de Estocolmo, já que a proteção e manutenção dos direitos ambientais estão sobretudo em convergência com o bem comum (RODRIGUES; CARDOSO, 2011). Paralelo a isso, os sistemas jurídicos globais são relevantes para a abertura do debate a nível regional e interno, possibilitando assim um ordenamento jurídico mais condizente com a realidade pluricultural dos países. Dessa forma seria possível o desenvolvimento de uma noção política descolonizada que, entretanto, esteja em congruência com uma noção que permeie a comunidade global, esse processo neoconstitucional além de

trazer um ordenamento palpável à realidade dos países latino-americanos reforça a legitimidade do texto constitucional uma vez que o mesmo é produto de uma ampla participação popular.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada permite afirmar que há uma relação intrínseca entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos humanos no sentido de que a proteção ao meio ambiente é condição *sine qua non* para a concretização dos direitos humanos, por oferecer o mínimo necessário para que a pessoa tenha uma vida digna.

Outra ideia importante que decorre da pesquisa realizada é a de que os Estados pertencentes ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos devem realizar o controle de convencionalidade no sentido de adaptar o ordenamento jurídico interno ao direito interamericano, principalmente em decorrência do dever de devida diligência, que impõe a obrigação de os Estados adotarem todas as medidas necessárias, políticas, administrativas, legislativas, para propiciar a proteção dos direitos humanos e, especialmente, a proteção ao meio ambiente.

Ademais, tem-se a Opinião Consultiva 23/2017 como um reflexo da relação intrínseca entre direitos humanos e direito ambiental uma vez que se trata de uma interpretação da Convenção Interamericana de Direitos humanos de 1969 acerca de um caso concreto que evidencia tal codependência entre essas duas áreas jurídicas. Convenção essa assinada pelos países que compõe a Organização dos Estados Americanos a qual prevê o dever da devida diligência entre o sistema interamericano e seus Estados signatários.

No contexto do dever de devida diligência, merece destaque a adoção da filosofia Pachamama que aparece em algumas constituições, como a da Bolívia e a do Equador, dando respaldo à inclusão das comunidades indígenas e às minorias no poder de tomada de decisão, revestindo tais comunidades, vulneráveis pela degradação dos direitos humanos, do direito de fala e de tomada de decisão. Em que pese o novo constitucionalismo latino americano que tem por objetivo resgatar não só as relações dos povos andinos com o meio ambiente, mas também estabelecer o viés político-popular dos indivíduos no cenário constitucional. Dessa maneira, entende-se que o novo constitucionalismo adota parte prima nesse

processo de empoderamento dos povos originários, tornando-lhes fontes de direito pós-colonial.

Assim, a consideração da natureza como sujeito de direito é outro viés que necessita ser alcançado pelos Estados na tarefa de constitucionalizar a proteção ao meio ambiente no contexto do novo constitucionalismo latino-americano, visto que esse advém da cultura originária dos países sul americanos e mostra a preocupação de um direito ecocêntrico por tais povos. Preocupação essa que perpassa as esferas políticas e ambientais adentrando na necessidade de resgatar essas culturas locais, principalmente dos povos originários andinos, como no caso da Bolívia e Equador.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. *Manual de direito internacional público*. Saraiva. São Paulo, 2004.

AGENDA 2030. Disponível em: <www.agenda2030.org.br> acesso 25 jul 2020. 20:35:00

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador"*. Disponível em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm> Acesso em: 17 jul. 2020, 21:00:00.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CNUMAD). *Nosso Futuro Comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). 2001. *Sentencia. 14 de marzo de 2001*, Barrios Altos v. Perú

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). *Caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros v. Brasil*. Disponível em<http://www.itamaraty.gov.br/images/2018/Sentencia_Xucuru.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020, 04:20:00

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). *Opinião Consultiva 23/2017 solicitada pela República da Colômbia*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf> Acesso em: 25 jul, 2020: 16:50:00

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). *Opinião Consultiva 23/2017 solicitada pela República da Colômbia*, parágrafos 56-70. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf> Acesso: em 07 jun. 2020.

DALMAU, Rubén Martinez; PASTOR, Roberto Viciano. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y El nuevo para-digma constitucional*. In: Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla: [S.I] [s.n].

Direitos Humanos na Internet. *Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano* – 1972. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>. Acesso em: 25 jul. 2020, 18:30:00

DOS REIS, João Henrique Souza; CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. *Razões para a utilização das normas de soft law no Direito Internacional do Meio Ambiente.* Revista Brasileira de Direito Internacional, Salvador: [s.n], v. 4, n. 1, p. 83-103, 2018. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/4338/pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020, 08:15:00

Equador. *Constitución del Ecuador*. 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020, 09:42:00

FIGUEIREDO, Marcelo. *The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America"s human rights scenario*. In: ARNOLD, Rainer. The universalism of human rights. Springer, 2013. p. 97.

FLORES, A. C. W.. *O direito fundamental ao meio ambiente no Novo Constitucionalismo Latino Americano*: Bolivia e Equador. Arel FAAR - Amazon's Research and Environmental Law: [S.I] [s.n], v. 1, p. 1, 2013.

JASANOFF, Sheila, "*Bhopal's Trials of Knowledge and Ignorance,*" Isis 98, no. 2 (June 2007): 344-350. Disponível em < https://doi.org/10.1086/518194>. Acesso em: 25 de julho. 2020, 03:20:00.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional.* Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: [S.I] Fundo de Cultura, 1965.

MWANZA, R. (2018) *Enhancing accountability for environmental damage under international law:ecocide as a legal fulfilment of ecological integrity*.Melb. J. Int. Law 19, 586–613. Trends in Ecology & Evolution, January 2020, Vol. 35, No. 189. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/meljil19&div=26&id=&page=>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Agenda 2030*. Disponível em: <www.agenda2030.org.br> acesso 25 jul 2020, 17:00:00

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 21. Rio de Janeiro: 1992c. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd>. Acesso em 25 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração de Princípios sobre Florestas. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_de_Principios_sobre jan._Florestas.pdf>. Acesso em: 25 jul, 2020, 03:25:00

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: 1992a. Disponível em <www.un.org>. Acesso em 25 jul. 2020, 15:15:00.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Reports of International Arbitral Awards:* Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 And 11 March 1941, v. III, pp. 1905-1982, p. 1907.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Programa Interamericana para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Programa-Interamericano-para-Desarrollo-Sostenible.pdf> Acesso em: 17 jun, 2020, 19:00:00

RODRIGUES, Dulcilene Aparecida Mapelli ; CARDOSO, Tatiana de A. F. R. . *Direito Humanos, Dignidade da Pessoa Humana e Meio Ambiente, Correlação Lógica ou Decorrente da Contemporaneidade?*. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas: [S.I] [s.n], v. vi, p. 65-86, 2011.

SOLÓN, P. (2017). Alternativas Sistémicas. *La Paz, Bolivia*: Fundación Solón / Attac France / Focus on the Global South. Disponível em: <https://systemicalternatives.files.wordpress.com/2017/03/sa-final-ingles-pdf2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020, 12:20:00

TURISMO DE PROTAGONISMO COMUNITÁRIO NO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA: possibilidades de reafirmação territorial quilombola da comunidade Cafundá Astrogilda

Gabriel Pires Gomes Nonato Alves
Mestre em Ecoturismo e Conservação pelo PPGEC – UNIRIO
Rio de Janeiro, Brasil
piresgabriel10@gmail.com

Alba Simon
Pesquisadora do Laboratório de Justiça Ambiental – UFF e pesquisadora do Observatório de Parcerias em Áreas Protegidas – UFRRJ/UNIRIO
Niterói, Brasil
albasimon7@gmail.com

Resumo: O artigo tem como objetivo refletir sobre os desafios e oportunidades do Turismo de Protagonismo Comunitário desenvolvido pela comunidade quilombola Cafundá Astrogilda, cujo território se encontra nos limites do Parque Estadual da Pedra Branca (PEPB), localizado na Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro, Brasil. A Comunidade Cafundá Astrogilda, assim como outras duas comunidades quilombolas – Camorim e Dona Bilina, ocupam áreas inseridas nos limites do PEPB desde o século XVIII, antes mesmo da criação do Parque. A criação da Lei 9985/2000, marco legal das Unidades de Conservação brasileiras, dispõe sobre a desocupação e remoção de moradores no interior dos limites das UC's de acordo com as necessidades de conservação. Ao se sobrepor ao território quilombola, estabelecido pelo Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, evidencia-se um conflito de interesses, onde as cotas de poder são maiores para o Estado, mantendo a insegurança jurídica acerca da permanência da comunidade no território, que fica ao sabor das diretrizes da gestão governamental do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), órgão gestor das Unidades de Conservação do Estado do Rio. O Turismo de Protagonismo Comunitário, assim intitulado por uma liderança da comunidade, possui caráter turístico, educativo e interdisciplinar, desenvolvido pela comunidade Cafundá Astrogilda com o pressuposto de resgatar a tradição, memória e identidade através da tradição griô oral. A atividade de Uso Público se configura como estratégica na medida em que promove uma sinergia com os objetivos de conservação da Unidade, atraindo e "convertendo" um público em adeptos da conservação da natureza, da permanência quilombola no território e da sua reafirmação identitária, uma vez que estabelece diálogo com um público engajado, especialmente aqueles associados à educação e à universidade, em um possível processo de recrutamento

intelectual. Seria essa atividade o suficiente para garantir a permanência quilombola? Como ela contribui para tal?

Palavras chave: Turismo de Protagonismo Comunitário, Quilombolas, Parque Estadual da Pedra Branca, Uso Público, Cafundá Astrogilda.

Abstract: The article aims to reflect on the challenges and opportunities of Community Protagonism Tourism developed by the quilombola community Cafundá Astrogilda, whose territory is on the limits of the Parque Estadual da Pedra Branca (PEPB), located in the West Zone of the city of Rio de Janeiro, Brazil. The Cafundá Astrogilda Community, as well as two other quilombola communities - Camorim and Dona Bilina, have occupied areas within the limits of the PEPB since the 18th century, even before the creation of the Park. The creation of Law 9985/2000, a legal framework for Brazilian Conservation Units, provides for the eviction and removal of residents within the UC's limits according to conservation needs. By overlapping the quilombola territory, established by Article 68 of the Disposições Constitucionais Transitórias, there is a conflict of interest, where the quotas of power are higher for the State, maintaining the legal uncertainty about the permanence of the community in the territory, which it is in keeping with the government management guidelines of the Instituto Estadual do Ambiente (INEA), the governing body of the State of Rio's Conservation Units. Community Protagonism Tourism, named by a community leader, has a touristic, educational and interdisciplinary character, developed by the Cafundá Astrogilda community with the premise of rescuing tradition, memory and identity through the oral griot tradition. Public Use activity is strategic as it promotes synergy with the Unit's conservation objectives, attracting and "converting" a public into supporters of nature conservation, quilombola permanence in the territory and its identity reaffirmation, a since it establishes dialogue with an engaged audience, especially those associated with education and the university, in a possible process of intellectual recruitment. Would this activity be enough to guarantee the quilombola's permanence? How does it contribute to this?

Key-words: Community Protagonism Tourism, Quilombolas, Parque Estadual da Pedra Branca, Public Use, Cafundá Astrogilda.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca compreender como uma atividade turística, denominada de protagonismo comunitária e relacionada com o Turismo de Base Comunitária, desenvolvida por uma comunidade quilombola pode se tornar uma estratégia de reafirmação territorial, tendo em vista a possibilidade de remoção

dessa comunidade frente a criação de uma unidade de conservação de proteção integral. Para isso, buscou-se analisar a atividade desenvolvida e a unidade de conservação e seu entorno, através de pesquisa bibliográfica, de conversas com lideranças quilombolas, com outros quilombolas na comunidade, com gestores e funcionários do parque, com praticantes da atividade em questão, e da própria prática da atividade, de maneira a tentar compreender a dinâmica e suas consequências para os quilombolas.

O Turismo de Protagonismo Comunitário é uma "categoria" assim denominada por uma liderança quilombola da Comunidade Cafundá Astrogilda para descrever uma atividade por eles desenvolvida. Nas palavras de Sandro dos Santos Mesquita, neto da matriarca da comunidade, a "aula de campo com protagonismo comunitário", aqui chamado de ACPC, é uma visita guiada pelos caminhos percorridos pelos quilombolas, desde os antecessores da comunidade no local até os dias de hoje, transmitindo oralmente o conhecimento tradicional, muitas vezes equiparável ao conhecimento científico, percorrendo assuntos de disciplinas escolares e universitárias, além de informações sobre a organização política, representatividade e luta quilombola, mantendo viva a história e a memória da comunidade.

A Comunidade Cafundá Astrogilda está localizada no bairro de Vargem Grande, Zona Oeste do Rio de Janeiro, dentro dos limites de um parque estadual, o Parque Estadual da Pedra Branca (PEPB). Essa localização é histórica para os quilombolas e antecede à criação do parque na região. A presença dos quilombolas na região, data do período da escravidão, onde muitos ancestrais do que hoje se conhece como Núcleo Cafundá Astrogilda moravam e, historicamente, conseguiram o direito a permanência naquele espaço. Entretanto, de acordo com a Lei Estadual nº 2.377 de 28 de junho de 1974, o parque seria criado, inicialmente, com o objetivo de proteger os mananciais d'água da região, mas estabeleceria uma relação conflituosa com os quilombolas, visto que, desde a criação da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) – Lei 9.985 de 18 de junho de 2000, passa a ser proibida a permanência de indivíduos dentro das áreas de parque.

Fica evidente, portanto, o conflito territorial entre Estado, representado pela figura da Unidade de Conservação, e os quilombolas, representados por eles mesmos. Por muitos anos esse conflito foi muito desproporcional em relação ao político apresentado por cada um dos atores, mas recentemente, em especial com a evidência dos movimentos negro e quilombolas, a Comunidade Cafundá

Astrogilda começa a ganhar espaço, principalmente espaço de fala e, com isso, reconhecimento social. O conflito começa a ganhar novas dimensões a medida em que outros atores vão se revelando, como os promotores imobiliários, os especuladores, os universitários, pesquisadores, professores, alunos, organizações criminosas como o tráfico e as milícias, entre outros envolvidos.

Entende-se que essa "captação" de adeptos, simpatizantes, visitantes constantes, militantes, pesquisadores e estudiosos, entre outras pessoas "influentes" seja uma estratégia de reafirmação territorial dos quilombolas. Entendemos que o aparato legislativo deixa os quilombolas desprevenidos no que diz respeito a sua permanência, mas o fato deles conviverem harmonicamente com o ecossistema, sem causar prejuízos significativos os ampara, na medida em que está de acordo com os objetivos de conservação da unidade, e os alavanca socialmente, considerando que os adeptos das causas e lutas quilombolas se tornarão capital político em favor da própria comunidade. Não se trata de nada planejado, orquestrado, mas sim de um arranjo oportuno, recomendado inclusive por pesquisadores e gestores, onde se associam o poder público e as comunidades locais, desenvolvendo serviços e atividades em concordância com o Plano de Manejo da Unidade de Conservação.

A ACPC, é denominada como de protagonismo comunitário pois toda a organização, realização e divulgação da atividade é feita pelos próprios quilombolas, enquanto a participação do Estado fica restrita a eventuais financiamentos (literalmente eventuais, tendo em vista que essa atividade não está ligada a nenhum programa ou projeto de financiamento contínuo). Também é clara a relação entre a ACPC e o Turismo de Base Comunitária, tendo em vista que essa categoria é descrita pelo Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICMBio) como um

> modelo de gestão da visitação protagonizado pela comunidade, gerando benefícios coletivos, promovendo a vivência intercultural, a qualidade de vida, a valorização da história e da cultura dessas populações, bem como a utilização sustentável para fins recreativos e educativos, dos recursos da Unidade de Conservação. (ICMBio, 2018, p. 6)

Reflete-se, portanto, sobre a manutenção e o desenvolvimento de uma atividade turística-pedagógica protagonizada por uma comunidade quilombola, capaz de preservar o patrimônio histórico-cultural dessa comunidade além de contribuir para a sua permanência no território e para a redução de sua marginalização social sem prejudicar os objetivos de conservação da unidade.

1. A "categoria" quilombola e a Comunidade Cafundá Astrogilda

No Brasil, os povos e comunidades tradicionais possuem um regimento jurídico específico, conquistado a partir de muita luta e reinvindicações. Esse regimento garante uma série de direitos específicos a esses povos e comunidades, especialmente no que diz respeito à memória do seu modo de vida e seu patrimônio cultural, além de seu território, compreendido como base para a sua reprodução material e imaterial. Em termos legais, o Decreto Federal nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007 institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, definindo-os como

> grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007).

A definição anterior trata, portanto, de um grupo de indivíduos que possuem uma cultural ancestral particular, se organizando social, política e economicamente em torno dessa tradicionalidade, permitindo seu desenvolvimento e perpetuação cultural, social e material. Ainda que surjam novas práticas e estratégias, afinal as sociedades são mutáveis e os grupos de indivíduos também, se essas forem baseadas no conhecimento tradicional, na história desses povos, nas atividades tradicionais, será possível a sua manutenção e reprodução cultural. Como afirma Arruda (1999), esses povos têm modo de vida particular, geralmente um pouco destacado de outros grupos, baseado na cooperação social entre eles e, no geral, mantendo um relacionamento saudável com o meio ambiente.

A sua relação com o território também é assegurada pela lei. O Decreto Federal 6.040/2007 define territórios tradicionais como "espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária (...)" (BRASIL, 2007), deixando clara a necessidade de reconhecimento não só social, mas material também, fazendo-se respeitar o direito à terra conquistado por essas populações.

Sendo assim, reconhece-se que entre indígenas, quilombolas, ribeirinhos, caiçaras, seringueiros, entre outros povos tradicionais, existem características comuns que os colocam dentro dessa categoria de "tradicional": a ancestralidade, a perpetuação de hábitos e atividades, a relação equilibrada com o território e a organização social particular de cada um desses povos. Entretanto, há aspectos

únicos de cada um desses povos, e a seguir serão apresentados os quilombolas e seu regime jurídico.

A categoria quilombola foi definida legalmente no Decreto Federal nº 4.887 de 20 de novembro de 2003, que regulamenta a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. De acordo com o artigo 2º desse decreto, remanescentes de quilombos são

> grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (BRASIL, 2003).

Apesar da definição aqui expostas, somente são considerados descendentes de remanescentes de quilombos aqueles que se declaram como tal. A auto-atribuição é um critério importante na titulação de uma determinada comunidade, afinal, esse critério é relativo à identidade e ao pertencimento dos indivíduos à categoria quilombola, o que implica na necessidade de comprovar, através de laudos e estudos, as raízes históricas, culturais, sociais e antropológicas, para que uma comunidade seja legalmente reconhecida como quilombola, receba o título de remanescente de quilombo e garanta uma série de direitos multiculturais. É a Fundação Cultural Palmares a responsável pela emissão dos certificados.

Em relação ao território quilombola, em "O Mito da Desterritorialização: do Fim dos Territórios à Multiterritorilidade", escrito por Haesbaert (2004. p. 62), existem três possibilidades para a constituição de um território: político/jurídico-normativo, onde as leis e decretos e o poder da União são os responsáveis pelo estabelecimento dos territórios; simbólico-culturalista, onde vínculos históricos, relações culturais e afetivas, memórias, tradições e elementos culturais são responsáveis pelo estabelecimento de relações culturais cruciais na determinação do território; e economicista, que interpreta o território como recurso necessário à reprodução material dessas comunidades.

O Decreto Federal 4.887/2003 está em concordância com o estabelecido no Decreto Federal 6.040/2007, reafirmando o fato do território ser essencial à reprodução cultural e material das comunidades quilombolas.

> O território é uma condição essencial porque define o grupo humano que o ocupa e justifica sua localização em determinado espaço mas antes de tudo é um espaço comum, ancestral, de todos que têm o registro da história, da experiência pessoal e coletiva do seu povo, enfim, uma instância do

> trabalho concreto e das vivencias do passado e do presente (ANJOS, 2006 49 apud. FIABANI, 2007).

O território quilombola deve ser estabelecido e delimitado pelo Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), de acordo com estudos antropológicos, sociológicos e históricos, para analisar a relação daquele grupo com o território determinar sua extensão, levando em consideração, inclusive, as práticas tradicionais. Embora os quilombolas não participem de maneira ativa nesse processo de demarcação territorial, Haesbaerth (2004. p. 62) reforça a ideia de que o território não é determinado apenas pela relação de poder institucional, mas por outras relações sociais também.

> (...) o território envolveria, portanto, não somente um controle físico, material, mas também um controle/poder simbólico, através, por exemplo, da construção de identidades territoriais. (HAESBAERT 2004b, p. 23)

Apesar dessas definições legais, há um movimento de releitura e reinterpretação dos quilombos. Por muito tempo, o termo "quilombo" ou "quilombola" era determinado pela carga histórica que os acompanha: um território com organização social particular, muitas vezes numerosos, composto por indivíduos que foram escravizados e fugiram das fazendas e engenhos e com sistemas de produção de subsistência, além da possibilidade de desenvolver "livremente" as manifestações culturais africanas. O quilombo histórico era, portanto, um esconderijo e, ao mesmo tempo, um local de resistência negra, de organização sociopolítica, buscando a liberdade, a autonomia social e política almejada pelas populações negras escravizadas (SILVA e CARNEIRO, 2016).

A abolição da escravidão em 1888 concedeu liberdade aos negros escravizados, mas não veio acompanhada de uma política de inserção social para essa população marginalizada. Os ex-escravos, agora homens livres, permaneciam em condições análogas a escravidão, mantendo-se marginalizados, desempregados, distantes dos grandes centros e sem terras para garantir sua subsistência. Nesse período e em outros que sucederam, os quilombos passaram a ser chamados de "comunidades rurais negras" e "terras de preto", causando um enfraquecimento da identidade quilombola determinada pelo critério histórico; existe, inclusive, de acordo com Marques e Gomes (2013), há um *gap* nas questões de direitos quilombolas após o período da escravidão até a Constituição de 1988, como se todos os problemas causados por ela fossem extintos no momento da abolição.

Em 1988, a Nova Constituição não soluciona os problemas da população negra e quilombola, mas promove contribuições. Em primeiro plano, fica disposto no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que "aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos" (BRASIL, 1988). Embora reconhecido um avanço, o fato de estar nas Disposições Transitórias nos faz acreditar, em concordância com Leite (2002 apud FIABANI,2007), que a questão quilombola se resumia à questão fundiária e que

> o debate sobre a titulação das terras dos quilombos não ocupou, no fórum constitucional, um espaço de grande destaque e suspeita-se mesmo que tenha sido aceito pelas elites ali presentes, por acreditarem que se tratava de casos raros e pontuais, como o do Quilombo de Palmares (LEITE, 2002: 19 apud FIABANI, 2007).

O critério histórico para "quilombos"/"quilombolas" já está esgotado e não garante mais a multiplicidade de "ser quilombola" hoje. O quilombo não é mais um esconderijo e o quilombola não deseja mais se esconder; pelo contrário, o quilombo hoje é lugar de fala, de representatividade, de protagonismo negro e quilombola, e o quilombola quer que sua voz seja ouvida, que suas demandas sejam atendidas e que ele não seja mais marginalizado. O quilombo foi ressemantizado a partir das lutas pelos direitos políticos, sociais e territoriais, em especial o movimento negro, que adota a pauta quilombola lutando pelo seu reconhecimento, pela titulação e pela demarcação territorial.

A ressemantização do quilombo não deve ser interpretada como algo negativo. Na verdade, a releitura dos quilombos permite uma interpretação mais nova, atualizada e coesa com a nova realidade. Novas demandas surgem a todo momento na nossa sociedade e os quilombolas acabam adaptando suas realidades às nossas demandas. Não é possível, portanto, esvaziar o discurso da tradicionalidade com o argumento de que os indivíduos já não são mais tradicionais e, por consequência, quilombolas; é preciso atentar-se que a tradicionalidade passa a ser uma herança cultural, e que, ainda que por meio de novos hábitos, a tradicionalidade é mantida pelo novo "ser quilombola".

A partir dessa reflexão sobre a formação dos quilombos no Brasil e a interpretação que é feita deles hoje, podemos seguir para a comunidade quilombola em questão nesse trabalho. A Comunidade Cafundá Astrogilda é uma das três comunidades quilombolas que, historicamente, ocupam áreas onde fora construído o PEPB. De acordo com Sandro Santos Mesquita, o histórico da comunidade na região é de aproximadamente 200 anos e que, após a abolição da

escravidão, permaneceram nas propriedades, vendo sua força de trabalho em troca de moradia e alimentos, totalizando algo em torno de 300 núcleos familiares. Essas terras passaram tornaram-se propriedade da Igreja Católica, do Banco de Crédito Móvel por volta de 19891 e foram colocadas à venda em 1927, momento em que alguns quilombolas conseguem o título de propriedade. A alteração territorial significativa mais recente foi em 1974, com a criação do Parque Estadual da Pedra Branca.

A localização da comunidade é o bairro de Vargem Grande, na vertente sul do maciço da Pedra Branca. O nome Cafundá Astrogilda remete ao histórico da comunidade: "cafundó", que significa um lugar muito distante, e Astrogilda, que era o nome da matriarca da comunidade, conhecida por suas obras de assistência social para a comunidade e suas práticas de medicina alternativa. Esse histórico da comunidade é mais do que um histórico da terra, é a memória da comunidade Cafundá Astrogilda, comprovando sua historicidade, tradicionalidade e ancestralidade com a região.

Apesar da existência de documentos e relatos históricos que comprovem a permanência histórica da comunidade na região, ainda era preciso obter o certificado da Fundação Palmares. Isso lhes garantiria uma série de direitos específicos e ampliaria o reconhecimento político-social também. A busca pelo título de comunidade remanescente de quilombo começa em 2013, com a entrada do processo na Fundação Palmares e, no ano seguinte, já é obtido o Certificado com publicação no Diário Oficial da União de número 125, página 21. Entretanto, a segunda etapa do processo, que é a delimitação do território quilombola, fica a cargo do INCRA, que apresente uma enorme morosidade nesse processo, sob justificativa de escassez de recursos financeiros e humanos. Nesse sentido,

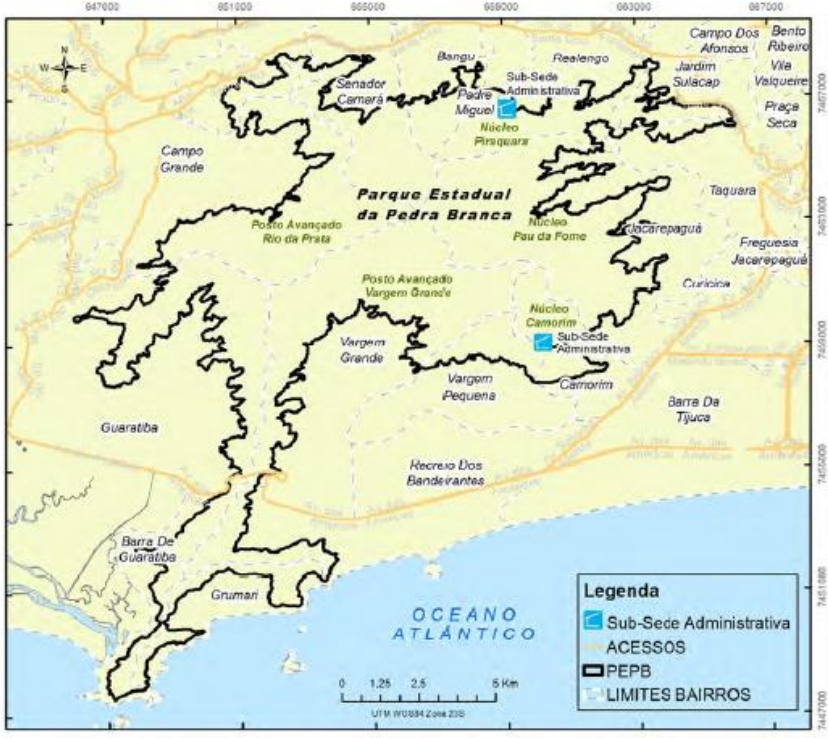
> [...] a categoria "população tradicional", "população local" e "quilombola" são articuladas em meio às negociações com instâncias de poder e se relacionam à possibilidade de obtenção de direitos (Silveira 2007), revigorando os embates entre grupos com pouco capital político e econômico e atores sociais à frente de projetos conservacionistas. (Simon e Silva, 2019, p.17)

Atualmente é comum encontrar a denominação Quilombo Vargens, referindo-se à comunidade Cafundá Astrogilda. Como mencionado anteriormente, as sociedades mudam e, em consequência, as relações sociais e suas formas de organização. O que antes era chamado de Quilombo Cafundá Astrogilda, hoje é conhecido como Quilombo Vargens, reunindo aproximadamente 8 núcleos familiares, dentre eles, o Núcleo Cafundá Astrogilda.

2. O Parque Estadual da Pedra Branca (PEPB) e o cenário do Uso Público

O Parque Estadual da Pedra Branca (PEPB) foi criado em 1974 através da Lei Estadual nº 2.377 de 28 de junho de 1974, baseado em aparatos legislativos como o Código Florestal e a Lei de Crimes Ambientais, tendo em vista que à época de sua criação ainda não havia o SNUC. O PEPB tem em torno de 12.393 hectares, abrigando parte da maior floresta urbana do mundo. Localiza-se na Zona Oeste do Rio de Janeiro, e pertence a dezessete bairros: Jacarepaguá, Taquara, Camorim, Vargem Pequena, Vargem Grande, Recreio dos Bandeirantes, Grumari, Jardim Sulacap, Realengo, Padre Miguel, Bangu, Senador Camará, Santíssimo, Campo Grande, Senador Vasconcelos, Guaratiba e Barra de Guaratiba.

Imagem 1: Localização do PEPB.



Fonte: Plano de Manejo do PEPB.

Historicamente essa área é reconhecida como o Sertão Carioca. Esse nome vem da obra de Magalhães Corrêa, escrita em 1936. Sertão remete a um local distante, afastado e com baixa concentração demográfica. Assim era a Zona Oeste

do Rio de Janeiro, uma área rural, com a presença de grandes fazendas e engenhos, que abrigava comunidades locais de agricultores e quilombolas, tornando-se um reduto do patrimônio histórico-cultural.

A grande extensão do Parque faz com que ele abrigue cerca de 50% do remanescente de Mata Atlântica no Brasil, constituindo uma das maiores florestas urbanas do mundo, integrando a Reserva da Biosfera da Mata Atlântica, contribuindo para a dinâmica climática e hidrológica na região.

Atualmente, a Zona Oeste do Rio de Janeiro é uma área de intensa urbanização e crescimento demográfico. A Barra da Tijuca se tornou um subcentro do Rio de Janeiro, e o Recreio dos Bandeirantes, vizinho com espaço para ser explorado, começou a passar por um intenso processo de ocupação e de desenvolvimento de funções urbanas, como mostram as imagens a seguir. O crescimento urbano não foi acompanhado de um planejamento eficaz, fazendo com que mazelas sociais fossem reproduzidas nessa área, como o inchaço urbano, a mobilidade urbana deficiente, galerias pluviais insuficientes, pressão sobre os recursos hídricos, redução de áreas verdes e áreas rurais, aumento da violência e de organizações criminosas, entre outros. Esses problemas são decorrentes das ações de atores presentes nessa porção do espaço, como os promotores imobiliários, proprietários fundiários, populações tradicionais, moradores locais, grupos paramilitares, instituições do Estado, entre outros.

Imagem 2: Bairros do Recreio dos Bandeirantes, Vargem Grande e Vargem Pequena em 2009.



Fonte: Google Earth. Extraído em 2019.

Imagem 3: Bairros do Recreio dos Bandeirantes, Vargem Grande e Vargem Pequena em 2019.



Fonte: Google Earth. Extraído em 2019.

O PEPB faz parte da categoria Parque do SNUC, constituindo o grupo de Proteção Integral. Isso significa que a unidade de conservação é mais restritiva, alterando a dinâmica local a partir das novas regras impostas pela Lei do SNUC (Lei 9.985/2000) a partir da instituição da unidade. Entretanto, a consolidação do território da UC, através do exercício da relação de poder que o determina, só é completa quando toda a área passa a ser de posse e domínio público, fazendo necessária uma série de desapropriações. É nesse sentido que reside a principal problemática sofrida pelos quilombolas de Cafundá Astrogilda, no âmbito desse trabalho.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente (2005), uso público diz respeito às atividades associadas ao processo de visitação, como atividades de lazer, esportivas, recreativas, etc., proporcionando ao visitante/praticante uma oportunidade de desfrutar da experiência e dos próprios recursos naturais e territoriais". Em relação ao Uso Público desenvolvido na UC, a partir do Plano de Manejo e do Diagnóstico de Uso Público nas Unidades de Conservação Estaduais do Rio de Janeiro[1] (2016), elaborado pelo INEA, é possível analisar o

[1] Realizado no período de Outubro de 2015 até Dezembro de 2016, faz parte do projeto "Fortalecimento e implantação da gestão do uso público para o incremento da visitação nos parques estaduais do Rio de Janeiro", realizado em 2014, elaborado a

desenvolvimento de atividades de uso público do parque e como o Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda se insere nesse cenário. O Diagnóstico classifica as atividades em três categorias: consolidadas – atividades que já ocorrem de forma regular e independente de fomento ou gerenciamento, atividades potenciais – que por algum motivo, ainda não ocorrem de maneira estruturada, mas que podem ampliar o espectro de oportunidades da UC, e as atividades não permitidas – como o próprio nome já sugere, não são permitidas de acordo com o Plano de Manejo ou com o Decreto de Uso Público, além da eventos sociais – que se tornaram uma estratégia de aproximação da UC com o público intra e extra UC.

Foram consideradas atividades permitidas para o PEPB: atividades recreativas, banho em cachoeira e rios, caminhada curta, caminhada longa, contemplação, atividades culturais, Educação Ambiental, escalada, Espeleoturismo, fotografia da natureza, Interpretação Ambiental, Observação de aves, rapel, atividades religiosas, ciclismo e visita guiada; as atividades potenciais listadas foram: Atividades recreativas, Camping, Curso de condutores, Escalada, Esportes de aventura, Eventos esportivos, Loja de Souvenir, Observação de aves, Palestras, Pesquisas Científicas, Rapel, Travessia, Trilha Interpretativa e Trilha Sensorial; e as atividades proibidas foram: acampamento fora da área designada, atividade religiosa fora da área designada, off road de moto, passei com cavalos, trilha não-oficial, uso de fogueira e outros (não há informação de que atividades podem compor a categoria "outros").

De acordo com o Plano de Manejo e com Pellin et al (2014), o perfil do visitante no PEPB apresenta as seguintes características: são, em sua maioria, residentes do Rio de Janeiro (95%), e de bairros limítrofes ao parque (77%); do sexo masculino (56%), e com grande variedade de faixas etárias, exceto pelos idosos (7%); em relação a renda e escolaridade, a maior parte do público tem baixa renda, entre 1 e 3 salários mínimos (45%), seguido de 4 a 6 salários mínimos (26%), e possui ensino médio completo (52%) ou eram técnicos, graduados e pós-graduados.

A partir desse perfil sucinto do Uso Público "de papel" no PEPB, podemos perceber grande potencialidade do parque e das atividades desenvolvidas, devido à grande diversidade, tanto de atividades quanto de público. Apesar de ser uma oportunidade, é também um desafio, tendo em vista que atender a demandas

partir de dados resultantes de questionários com os visitantes e de informações fornecidas pelos gestores, colaboradores e voluntários das unidades de conservação.

diferentes pode ser um pouco menos simples. Entretanto, o potencial do parque ainda não é explorado por completo, tendo atividades que ainda não são bem estruturadas, atividades que ocorrem em desacordo com as normas, outras que são negligenciadas e etc.

Não são mencionadas diretamente no Plano de Manejo atividades/presença dos quilombolas. Durante a elaboração do Plano de Manejo, o Conselho Consultivo da unidade participou as comunidades locais para defender seus interesses, como mostra o portal eletrônico Sertão Carioca[2], permitindo que fosse um processo inclusivo e transparente. Entretanto, o Plano de Manejo nos parece não destacar a presença e participação das comunidades tradicionais. O que se encontra claro e evidente no Plano de Manejo são dois pequenos descritivos de "agrupamentos populacionais", que representam as comunidades Cafundá Astrogilda e Camorim, mas que, ainda assim, não são descritos como quilombola, o que reforça a invisibilidade e marginalização desses grupos.

Existem três projetos descritos no Plano de Manejo que podem ser considerados atividades de uso público ligadas a Educação Ambiental, Interpretação Ambiental e Trilhas interpretativas: o projeto "Mata Ciliar: o papel da vegetação na manutenção dos mananciais de água", "Projeto Natureza Doce" e "Olhares sobre a Biodiversidade". Todos eles apresentam uma perspectiva mais tradicional e voltada para a observação de fenômenos das ciências naturais. Comparando ao Projeto Ação Griô, que talvez exija menos da gestão do PEPB, já que o protagonismo comunitário coloca os quilombolas a frente da gestão da unidade, o projeto tem uma perspectiva mais transdisciplinar, e por isso, mais rica, diversa e apropriada para a região. Não defende-se aqui a extinção dos outros projetos, mas sim a valorização das iniciativas quilombolas, em especial o Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda.

3. Aula de campo com protagonismo comunitário: o Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda

O projeto Ação Griô Nacional[3] é um projeto que busca contribuir para o estabelecimento de laços afetivos com um determinado lugar, com sua história e

[2] Disponível em : <http://www.sertaocarioca.org.br>. Acesso em 25 de março de 2020.

[3] Todas as informações sobre o projeto Ação Griô Nacional foram extraídas do site do projeto.

sua memória, através da transmissão oral do conhecimento tradicional. Inclusive, tramita na Câmara dos Deputados a proposta de criação da "Lei Griô" (PL1.786/2011) que institui a "Política Nacional Griô, para proteção e fomento à transmissão dos saberes e fazeres de tradição oral" (PL 1.786/2011, caput).

O Ação Griô Nacional surge com o nome de Grãos de Luz e Griô, em Ilhéus, na Bahia, no início dos anos 2000, com uma metodologia empregada em oficinas educativas de fortalecimento da identidade afetiva e cultural dos participantes. As ações do projeto são baseadas em três linhas: desenvolvimento educacional de jovens e crianças, permitindo sua inserção e ascensão social através do reconhecimento de seus potenciais afetivos, artísticos, científicos e políticos, ocupando espaços diversos; metodologia educacional contextualizada e comunitária, assegurando a vida e o desenvolvimento sustentável das comunidades através da pedagogia griô e valorização dos conhecimentos tradicionais; e promoção do desenvolvimento sustentável através da economia solidária, do turismo comunitário, do protagonismo da tradicionalidade e do apoio aos pequenos grupos.

As ações do Ação Griô Nacional são todas baseadas na pedagogia griô, uma metodologia de transmissão oral do conhecimento tradicional, através da contação de histórias, cantigas e vivências, realizadas por um griô, uma pessoa de idade mais avançada, mais experiente e, portanto, mais sábia, recuperando a antiga tradição griô africana. Aqueles que ministram as oficinas são capacitados na metodologia griô e fazem parte de um grupo de educadores e formadores de novos griôs aprendizes, de maneira que seja possível a perpetuação da metodologia através de gerações.

Aqueles que foram capacitados são apresentados às instituições de ensino conveniadas e a eles é permitido a circulação e participação no contexto escolar e pedagógico associado ao currículo formal da instituição. Sabe-se que o currículo formal compreende disciplinas institucionalizadas, mas o saber tradicional é capaz de complementá-las, a partir da vivência, da experiência e do conhecimento, em áreas como botânica (a partir do conhecimento das ervas e plantas), história do Brasil (através do resgaste da memória), reprodução sexual (a partir dos conhecimentos das parteiras), organização territorial, cultura brasileira, entre outros. Entretanto, o benefício proporcionado pela metodologia griô não é

Grãos de Luz e Griô, Brasil. Disponível em: <http://graosdeluzegrio.org.br/>. Acesso em 13 de janeiro de 2021 às 10:39:00.

observado apenas em instituições de ensino tradicionais, mas também é capaz de contribuir com diversos setores da sociedade civil, tendo em vista que a metodologia não possui restrições etárias ou de públicos quaisquer; mais do que isso, em especial, as comunidades locais são bastante beneficiadas, considerando que aumenta a sua visibilidade em relação ao desenvolvimento de atividades econômicas, em relação ao seu capital político nas arenas de disputa e em relação a perpetuação de sua cultura e modo de vida. Como afirma Pires (2020):

> Um projeto em escala nacional que promove o reconhecimento de comunidades locais, de acordo com seus núcleos e respeitando a individualidade de cada comunidade é uma excelente estratégia de reafirmação social e territorial, salientando que os benefícios ocorrem mais em microescala do que na própria escala nacional (PIRES, 2020. p. 103-104).

Percebe-se que o Ação Griô Nacional, a partir da interpretação de sua missão, estabelece um *link* com a luta quilombola na Comunidade Cafundá Astrogilda, tendo em vista que a perpetuação do seu modo de vida e sua reprodução cultural através do ganho de visibilidade estratégica são suas principais ferramentas nessa disputa. A missão do Grãos de Luz e Griô é a de

> contribuir com projetos comunitários que integram arte, cultura oral, educação, desenvolvimnto sustentável e cidadania, para o empoderamento da identidade, vínculo com a ancestralidade e celebração do direito à vida de crianças adolescentes, jovens, educadoras(es), mestras(es) griôs do Brasil que enfrentam a pobreza e a discriminação de gênero e raça." (Disponível em <http://graosdeluzegrio.org.br/apresentacao/missao/>. Acesso em 13 de janeiro de 2021 às 10:46.

O presente artigo se dedica à possibilidade da atividade turístico-pedagógica desenvolvida pela Comunidade Cafundá Astrogilda ser, também, uma estratégia de reafirmação territorial. Analisaremos, a partir de agora, a atividade em questão. Segundo Sandro dos Santos Mesquita, reconhecido como liderança pelos quilombolas, em conversa informal durante visita à comunidade, essa atividade é denominada tanto como "Aula de campo com protagonismo comunitário", para nós, ACPC, relacionando-se ao Turismo de Base Comunitária e seus preceitos, como também recebe o nome de "Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda", fazendo referência ao projeto Ação Griô Nacional e à Pedagogia Griô, que alcançaram a comunidade através dos fóruns quilombolas.

O Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda adotou essa metodologia no início do ano de 2014, apesar de visitas à comunidade já serem desenvolvidas há mais tempo. Esse projeto consiste na visitação à comunidade, guiada por um

quilombola, que transmite seu conhecimento de maneira oral numa espécie de aula de campo interdisciplinar. Destrinchando essa descrição, pode-se perceber que por ser liderada e praticada pelos quilombolas, essa atividade é desenvolvida com protagonismo comunitário; por desenvolver a oralidade e a tradicionalidade, permite a valorização e perpetuação cultural; e por se tratar de uma aula de campo interdisciplinar, atrai um nicho bastante específico de professores, estudantes, universitários, pesquisadores e ONG's (Organizações não-governamentais).

De acordo com Cáceres (2017), essa técnica é apropriada para trilhas que se apropriam de uma narrativa histórico-cultural. Ela objetiva resgatar e transmitir o processo de ocupação, que reproduz paisagens e, por consequência, relações entre humanos, não humanos e o próprio ambiente, nelas contidas. Essas trilhas são, na verdade, caminhos dotados de significados e vínculos de identidade e pertencimento.

O roteiro dessa atividade aborda temáticas diversas, que se encaixam nos conteúdos disciplinares formais das instituições de ensino, como História, Geografia, Biologia, Química, etc., mas também são capazes de promover uma interdisciplinaridade entre eles, além de superá-los, alcançando conteúdos relativos a Educação Ambiental, Interpretação Ambiental. Alguns conteúdos que se destacam durante essa atividade são, de acordo com Pires (2020, p.86), organização territorial, manejo do solo, espécies invasoras, ervas tradicionais, ocupação histórica da Zona Oeste, processo de escravização na cidade do Rio de Janeiro, tráfico negreiro, sistema de tratamento de água, decantação e filtração, entre outros.

O roteiro se inicia em uma das entradas do PEPB, onde um quilombola recebe o grupo a ser guiado. No momento em que visitei a comunidade e participei da atividade, em setembro de 2018, fora Sandro dos Santos Mesquita quem nos recebeu, na entrada do PEPB localizada no Bairro Vargem Grande.

Imagem 4: Recepção do grupo na entrada do PEPB.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Nesse momento, Sandro faz uma contextualização geral da atividade: explica como ela vai ser desenvolvida, a duração, os cuidados que devem ser tomados, e ali mesmo, na entrada do parque, começa sua explanação. Nesse primeiro ponto, destacam-se conteúdos como a organização do território no período colonial escravocrata, a pressão exercida sobre os recursos naturais decorrentes da expansão imobiliária, a proposta de criação do parque e sua justificativa e a presença histórica da comunidade na região.

No momento seguinte, paramos em frente a uma placa que identifica o PEPB, com um mapa, dados e normas de uso daquele espaço, onde Sandro explica para todos como se deu a formação do parque e os desdobramentos da instituição de uma unidade de conservação de proteção integral para a região.

Imagem 5: Apresentação do PEPB e suas dinâmicas.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Algumas questões foram explicitadas, como a disputa entre o PEPB e os quilombolas pela permanência ou remoção da comunidade, a presença de imóveis de luxo dentro das áreas do parque, a contenção da expansão urbana promovida pelo parque e pelos quilombolas e a implementação da Trilha Transcarioca.

Durante o caminho fomos questionados sobre a conservação das trilhas pelo nosso guia, que destaca que o manejo dos caminhos é feito pelos próprios quilombolas, mas que as vezes não contam com colaboração de outros utilizadores das trilhas. Comparando as trilhas apresentadas na imagem, à esquerda encontra-se a trilha utilizadas por corredores, praticantes de *mountain bike* e *motocross*; à direita, a trilha mantida pelos quilombolas para servir à própria comunidade e a todas as pessoas que a utilizarem. No que tange ao cuidado e a preservação do local, Sandro destaca, também, a existência de plantas dotadas de simbolismo, como uma figueira ancestral presente na trilha.

Imagem 6: Manejo das trilhas (esquerda: trilha utilizadas por esportistas; direita: trilha manejada pelos quilombolas)



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Em outro ponto, podemos observar a gestão de um dos recursos naturais mais importantes para o ser humano: a água.

Imagem 7: Captação e filtragem da água.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Nesse momento, nos foi explicado que a água da natureza é captada e filtrada em sistemas bem simples, como esse da imagem, onde um reservatório é tampado com uma peneira têxtil para realizar a filtração. Essa água é utilizada para finalidades diversas dentro da comunidade.

Seguindo o caminho, encontramos Manoel dos Santos Mesquita, filho da matriarca Astrogilda. No local do encontro, havia um perfil de solo exposto, um corte em uma pequena colina e a partir desse corte, Manoel nos deu uma aula sobre solos.

Imagem 8: Encontro com Manoel dos Santos Mesquita.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Vale destacar que essa explanação foi livre de qualquer academicismo possível. Manoel usou jargões da cultura quilombola, termos informais e até mesmo associações para nos fazer compreender a dinâmica do solo. Ficou clara, nesse momento, uma interseção significativa entre o conhecimento tradicional e o conhecimento formal.

Próximo a entrada da comunidade quilombola, o assunto volta a ser o ordenamento territorial. Nesse momento, ficam evidentes as territorialidades e usos distintos para um mesmo espaço.

Imagem 9: Sandro explica a disputa territorial com o traçado da Trilha TransCarioca.



1755

Fonte: Acervo pessoal, 2017.

O evento que mais se destacou em relação à disputa pela utilização do espaço foi polarizado pela Trilha TransCarioca e seus representantes e pela comunidade quilombola. O traçado inicial da trilha de longo percurso, que percorre grande extensão da cidade do Rio de Janeiro, passava dentro da comunidade quilombola; entretanto, durante o processo de elaboração do percurso, a comunidade não foi contatada para participar das discussões, alternativas e contrapropostas, eles foram excluídos desse processo de tomada de decisão e lhes foi imposto que, dentro de seu território, organizado em quintais coletivos, com movimentação diária de pessoas, fossem permitido o livre trânsito de desconhecidos. A comunidade se opôs, a partir de um movimento apoiado, em especial pela universidade e por ONG's, o traçado foi refeito, passando por áreas próximas a comunidade, mas não mais pelo seu interior.

A parada seguinte também é um tanto emblemática para os quilombolas da Comunidade Cafundá Astrogilda. Já dentro dos limites do PEPB, alcançamos a entrada da comunidade quilombola, marcada pela presença de uma placa, mostrada na imagem 7. Questionado sobre a relevância da placa, Sandro explica que, apesar da semelhança com outras placas do parque, essa placa não tem caráter apenas informativo, mas também promove grande representatividade para os

quilombolas, tendo em vista que a placa foi afixada pelo Estado que, de certa maneira, aceita, reconhece e legitima a presença quilombola. Esse reconhecimento também foi fruto de muita luta social e dedicação dos moradores da comunidade, que antes utilizavam outra placa, como mostra a imagem 8.

Imagem 10: Placa na entrada da Comunidade Cafundá Astrogilda.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Imagem 11: Antiga placa de identificação da Comunidade Cafundá Astrogilda.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Ao entrar na comunidade foi possível compreender melhor a preocupação dos quilombolas em relação a Trilha Transcarioca. Seguimos até as casas e quintais, onde nos foi apresentada a organização territorial comunitária, onde cada pessoa tem sua casa e seu quintal, mas eles são utilizados em conjunto, de maneira compartilhada, sob o entendimento de que o território e seus recursos são dos quilombolas. A maior parte das casas é humilde, construídas de pau a pique, e ficam relativamente próximas umas das outras. Nesse pequeno núcleo, encontram-se membros da comunidade quilombolas e é possível observar atividades ali desenvolvidas, em especial a agricultura.

Imagem 12: Casa de pau a pique na Comunidade Cafundá Astrogilda.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Em uma das casas da comunidade, reside Sandro, nosso guia. Ele mora na casa que foi da senhora Astrogilda, matriarca da comunidade. Lá, fomos recebidos com uma mesa farta de café da manhã, com vários produtos cultivados na comunidade, como banana, aipim, batata doce e inhame. Esses legumes são produzidos nas hortas feitas pelos quilombolas, que participam de pequenos ciclos de comércio de orgânicos, contribuindo, inclusive, com o abastecimento de algumas escolas públicas da região. Apesar de ganhar uma representatividade nos

bairros locais, esse modelo agrícola não é compreendido como comercial/mercantil, visto que mantém diversas práticas tradicionais.

Imagem 13: Café da manhã oferecido pelos quilombolas.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Durante o café da manhã, Sandro nos apresentou a um pequeno "reduto espiritual". Na verdade, eram alguns artigos religiosos, como estatuetas e imagens, dentre elas, uma estatueta do Pai Tertuliano, o mentor espiritual da comunidade Cafundá Astrogilda. Vale destacar que não há uma relação de "obrigação" entre quilombolas e religiões afrodescendentes; inclusive, uma das lutas da comunidade é a preservação da cachoeira e da mata próxima, em relação aos rituais religiosos, que acabam deixando rejeitos.

Imagem 14: Estatueta de Pai Tertuliano, mentor espiritual da comunidade Cafundá Astrogilda.



Fonte: Acervo pessoal, 2017

O Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda não é o único projeto em desenvolvimento na comunidade. O Museu da Comunidade Cafundá Astrogilda vem sendo construído, pelos próprios quilombolas, tornando-se um espaço de memória formal, abrigando objetos sagrados e memoráveis para os quilombolas. O museu se torna outra marca na paisagem, uma outra referência territorial e mais um reduto de memória e histórica. Como pode-se observar na imagem a seguir, o museu foi construído da mesma maneira que as casas tradicionais: de pau a pique, com técnicas rudimentares, tornando-se, inclusive, uma espécie de cerimônia.

Imagem 15: Museu Cafundá Astrogilda - Quilombo Vargens.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Após o café da manhã, começa o retorno a entrada do PEPB. Mas essa jornada de volta ainda tem alguns pontos explorados pelos quilombolas. Próximo a residência do Sandro, há uma grande rocha de onde se pode observar a região de Vargens e do Recreio dos Bandeirantes, área da cidade do Rio de Janeiro conhecida por um intenso processo de urbanização. Sandro nos convida a refletir sobre a importância do PEPB e dos quilombolas naquela área como forma de contenção da expansão urbana. O Parque é um território com legislação específica e impede a presença do aparato urbano, enquanto as comunidades quilombolas promovem a divulgação, conscientização e um modo de vida equilibrado com a natureza, também representando um entreposto à urbanização. De acordo com Sandro (2017), "Parque é um mal necessário, pois bem ou mal também protege os quilombolas de outras ações e atores".

Imagem 16: Expansão urbana na área de Vargens e Recreio dos Bandeirantes.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Retornando, encontramos Pedro, parente de Sandro, quilombola que trabalha em plantações orgânicas de banana nas encostas do PEPB. Ainda que seja uma atividade humana realizada na mata nativa, não há indícios de prejuízos significativos ao ecossistema local; além disso, o cultivo de banana coloca os quilombolas dentro de um cenário de comércio local, contribuindo para o abastecimento de escolas da rede pública municipal na região. As bananas costumam ser plantadas por esses agricultores e colhidas com o auxílio de burros.

Imagem 17: Pedro, quilombola e agricultor.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Imagem 18: Cultivo de banana nas encostas do PEPB.



1762

Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Ao fim, quase saindo dos limites do parque, mas ainda dentro da UC, nos é apresentada uma área do PEPB onde existem verdadeiras mansões, com terrenos enormes, que de acordo com os locais, não sofrem a mesma pressão pela desapropriação e realocação que os quilombolas sofrem. Percebe-se a diferença de capital político entre esses atores, no geral pessoas influentes e bem relacionadas que conseguem fazer valer seus interesses, além da dificuldade do Estado de desapropriar, mediante a indenização obrigatória, grandes propriedades, devido ao custo para isso.

Imagem 19: Mansão dentro dos limites do PEPB.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Encerrando o roteiro, alcançando uma das saídas do Parque, passamos por uma pequena escola da comunidade, a Escola Quilombola, uma inciativa local de desenvolvimento de uma instituição educacional para os moradores da comunidade. Essa escola conta com diversos professores e projetos educacionais, voltados para o ensino regular, para a valorização da cultura e da história quilombola e para outros aspectos da educação. Esses projeto e práticas podem, também, estabelecer um diálogo com instituições de ensino "tradicionais", promovendo um intercâmbio de informações e vivências capaz de acrescentar à ambas as partes.

Destacamos aqui que a Escola Quilombola pode ser uma experiência interessante de desenvolvimento da metodologia griô em uma instituição educacional quilombola. Há um potencial grande para que a metodologia griô utilizada no Projeto faça parte do programa e do planejamento escolar quilombola e, quem sabe, abra novas oportunidades para outras instituições.

Imagem 20: Escola quilombola.



Fonte: Acervo pessoal, 2017.

Esse pode ser considerado um relato sucinto da visita. A partir desse relato é possível identificar alguns elementos essenciais da metodologia e da pedagogia griô, como a transmissão oral do conhecimento, a preservação da memória e da cultura local, a valorização das comunidades locais e seus moradores, a promoção de um desenvolvimento sustentável e de valores ambientalmente corretos e o protagonismo comunitário. Pode-se afirmar que o projeto em curso em Cafundá Astrogilda cumpre com a missão do Ação Griô Nacional.

Inicialmente, a proposta era de destinar a atividade a um público mais jovem, principalmente jovens de escolas e universidades, mas com a popularização da comunidade e o reconhecimento de suas demandas, esse espectro de oportunidades para o projeto se ampliou, passando a receber, também, pequenos grupos de turistas esporadicamente. Em ambos os casos, o público parece bastante suscetível a se tornar adepto das causas quilombolas, ampliando o capital político do grupo. Em média, durante o ano de 2019 (último ano da atividade regular sem interferência da COVID-19), a Comunidade Cafundá Astrogilda recebeu 25 escolas públicas, 11 escolas privadas e 8 universidades públicas, fora os grupos de turismo, que não foram muito numerosos. Estabelecendo-se uma média de 40

alunos e 6 professores por grupo, encontramos um total aproximado de 264 professores e 1760 alunos em contato direto com o quilombo.

Quanto à organização da comunidade para a prestação do serviço, os griôs quilombolas desenvolviam, inicialmente, as trilhas guiadas de maneira voluntária, sem remuneração; o único que está presente no desenvolvimento da atividade é uma ajuda de custo no valor de R$20,00 (que não são cobradas de alunos da rede pública) para arcar com os custos do café da manhã oferecido, e hoje para contribuir com os quilombolas que apresentam a comunidade aos visitantes.

Esse valor é pouco significativo frente ao que os quilombolas entregam aos visitantes e frente ao custo para desenvolver essa atividade. Os quilombolas precisam realizar o manejo das trilhas, o café da manhã, a ajuda aos guias, o transporte para alguns grupos, os materiais e oficinas, e tudo isso gera um custo. Em 2014, no ano de "estreia" do Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda, a comunidade recebeu um prêmio de ações locais da Prefeitura do Rio de Janeiro, que permitiu o custeio da atividade por um tempo, até que um segundo edital foi lançado, em 2018, garantido pelo "Projeto Socioambiental e de Fortalecimento do Vínculo Histórico dos Povos Quilombolas do Parque Estadual da Pedra Branca", disponibilizando um total de R$475.638,80 originários do Fundo da Mata Atlântica[4], para as três comunidades do PEPB, mas que seriam geridos por uma instituição intermediária, que nesse caso teve como instituição contemplada a Moleque Mateiro. Associada a essa dificuldade de captação de recursos para as unidades de conservação e seus projetos, o Rio de Janeiro encontra-se em situação político-econômica delicada, em que muitos casos de corrupção vêm sendo descobertos, cargos políticos começam a apresentar alta rotatividade e/ou vacância, gerando um limbo político na cidade, além da permanência do Regime de Recuperação Fiscal, que estabelece sérias restrições orçamentárias para as pastas das Unidades de Conservação.

[4] O Funda da Mata Atlântica (FMA-RJ) é um mecanismo que estimula o mercado de compensações ambientais. Trata-se de um fundo privado de destinação pública de recursos para promover a eficiência na gestão das Unidades de Conservação. Esses fundos são depositados por empresas como forma de contribuir para a conservação e mitigar seus impactos causados ao meio ambiente.

Conclusão

De acordo com Dias (2017), a possibilidade de remoção das comunidades quilombolas, em especial da comunidade Cafundá Astrogilda, proporcionou formas de organização social que se estabeleceram como resistência, apoiando suas causas, com destaque para a permanência naquele território. Participam desse movimento pró-quilombolas os apoiadores do movimento negro, do movimento quilombola, as ONG's, os acadêmicos e universitários, docentes e alunos, entre outros.

Ainda que os quilombolas encontrem formas de resistência, que a política do governo recorrente seja favorável aos quilombolas, que a população apoie a causa quilombola e sua permanência no território, ocorrem uma série de tensões e conflitos entre o Estado, representado pela figura da UC, e as comunidades tradicionais, que passam a ter suas atividades consideradas ilegais, como a roça, a manutenção residencial, o direito de ir e vir controlado pelas guaritas, entre outras.

Entretanto, diversas atividades desenvolvidas pelos quilombolas e por outros tradicionais que vivem em unidades de conservação, são consideradas como atividades de Uso Público. Ainda que a moradia não seja interpretada como uma atividade de uso público, o desenvolvimento de determinadas atividades pode ocorrer sem prejuízo aos objetivos da UC, favorecendo a permanência dos tradicionais.

Observadas as atividades elencadas para o PEPB, percebe-se que o Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda pode ser contemplado em algumas categorias: de atividades permitidas e potenciais. Esse projeto é/pode ser composto por "subatividades" ou "subáreas", como caminhada longa, contemplação, atividades culturais, educação ambiental, interpretação ambiental, visita guiada, curso de condutores e trilha interpretativa. Sendo assim, não há motivos para não inseri-la no quadro de atividades permitidas e, com o seu desenvolvimento, como atividade consolidada. Apesar da atividade já ocorrer de maneira totalmente apropriada, ainda podem ser implementadas melhorias, como a oferta de transporte para os visitantes e divulgação mais ampla e assertiva, por isso, ela ainda estaria evoluindo para uma atividade consolidada.

Apesar de não ser uma atividade consolidada para a gestão da Unidade de Conservação, ela é bastante consolidada para os quilombolas, que entendem a atividade não só como fonte de renda, mas como meio para perpetuação da sua história e cultura. Considerando o número de visitantes do Projeto e a frequência

com que ele é realizado hoje, e pode ser realizado com a devida infraestrutura, é uma atividade que permite grande visibilidade da comunidade. Entende-se visibilidade não necessariamente no sentido midiático, mas no sentido de alcance de um público específico e interessado no assunto; no caso, o assunto seria as causas e lutas quilombolas, em especial, a permanência desse grupo dentro do parque, no seu território.

Deve-se levar em conta, também, que o perfil dos indivíduos que participam da atividade são, em sua maioria é de alunos e professores, da educação básica ao ensino superior, que costumam ter uma orientação pró-quilombolas. Esses indivíduos possuem uma rede de influência significativa, capaz de ampliar ainda mais a visibilidade da comunidade.

Ao vivenciar a atividade, os indivíduos percebem que, embora não seja simples, os quilombolas conseguem conviver em harmonia com o meio ambiente, sem causar prejuízos significativos, assim como caiçaras, indígenas e ribeirinhos. Essa percepção que contribui para a questão ambiental associada a preservação da memória e da cultura justificam a manutenção e desenvolvimento da atividade e reforçam a possibilidade da comunidade permanecer naquele território.

A partir do apresentado anteriormente, considerando a atividade e seu público, não acreditamos que o Projeto Ação Griô Cafundá Astrogilda tenha o objetivo único de gerar emprego e renda. Isso se deve ao fato de dialogar com a Educação Ambiental, com as instituições educacionais e de apresentar um modelo mais moderno e adequado à contemporaneidade.

Acredita-se, portanto, que a atividade seja uma oportunidade de resistência e reafirmação identitária, cultural e territorial, em decorrência da utilização da Pedagogia Griô e da iniciativa da comunidade, que busca manter vivos os saberes tradicionais, a cultura local e a memória da comunidade, que constitui a memória e a cultura da nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rinaldo. *"Populações tradicionais" e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação*. Ambiente & sociedade, n. 5, 1999.

BRASIL, Decreto Federal n. 2.519, de 16 de março de 1998. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília, DF. Mar, 1998.

BRASIL, Decreto Federal n. 4.340, de 22 de agosto de 2002. *Regulamentação dos artigos da Lei Federal nº 9.985 de 18 de julho de 2000*. Brasília, DF. Ago, 2002.

BRASIL, Decreto Federal n. 4.887 de 20 de novembro de 2003. *Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF. Nov, 2003.

BRASIL, Decreto Federal n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. *Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Brasília, DF. Fev, 2007.

CÁCERES, Luz Stella Rodríguez. *Paisagem, memória e parentesco no quilombo de Vargem Grande, RJ*. Etnográfica. Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia, v. 21, n. 2), p. 269-292, 2017.

DIAS, Márcia Cristina de Oliveira. *Parque Estadual da Pedra Branca: o visível e o invisível na paisagem de um território em disputa.* 2017. 154 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ. 2017.

FERNANDEZ, Annelise Caetano Fraga. *O sertão virou parque: natureza, cultura e processos de patrimonialização*. Revista Estudos Históricos, v. 29, n. 57, p. 129-148, 2016.

FIABANI, Adelmir. *O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo: verdades e construções*. Anais ANPUH-XXIV Simpósio Nacional de História–2007, 2007.

HAESBAERT, R. *O mito da desterritorialização: do "fim dos territórios" à multiterritorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

ICMBIO (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade). *Princípios e diretrizes para o turismo de base comunitária em unidades de conservação federais*. 1. ed. Brasília. Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade/ Centro Nacional de Pesquisa e Conservação da Sócio-biodiversidade Associada a Povos e Comunidades Tradicionais, 2018. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/turismo_de_base_comunitaria_em_uc_2017.pdf> . Acesso em 11 de setembro de 2018.

PIRES, Gabriel. Turismo com protagonismo comunitário no Parque Estadual da Pedra Branca: uso público, memória e reafirmação territorial. Rio de Janeiro, UNIRIO. 2017.

SILVA, Ane Elyse Fernandes; CARNEIRO, Leonardo de Oliveira. *Reflexões sobre o processo de ressemantização do conceito de quilombo*. Revista de Geografia-PPGEO-UFJF, v. 6, n. 3, 2016.

PRÁCTICAS DESARROLLADAS TRAS LA IMPLEMENTACIÓN DEL ANEXO VI DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN POR LOS BUQUES (MARPOL) EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Oscar Rodríguez Luna
Universidad de Huelva, Doctorando en Programa de Ciencias Jurídicas, Derecho Público para la Gobernanza, Huelva, España. oscardanilo.rodriguez269@alu.uhu.es

Resúmen: La industria marítima se ha sumado de forma retadora a las metas globalmente planteadas para reducir la contaminación atmosférica, reconociendo su importante impacto climático. A través del Anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL) la Organización Marítima Internacional (OMI) ha limitado los principales contaminantes atmosféricos contenidos en las emisiones por parte de los buques, incluidos los óxidos de azufre y los óxidos nitrosos; ha prohibido las emisiones deliberadas de sustancias que agotan la capa de ozono y ha establecido estrategias hacia la descarbonización. Las obligaciones contenidas en el Anexo VI del MARPOL y su Código Técnico vinculante son muy exhaustivas y la OMI ha pretendido que éstas sean implementadas en forma global, buscando la máxima eficacia del Convenio, bien por la vía de la ratificación por parte de los Estados o bien aplicándose el denominado Principio del Trato no más Favorable, el cual genera desde estas obligaciones efectos Erga Omnes al exigirse su cumplimiento a todos los buques que hagan escala en puertos de Estados partes. En la misma dirección la Unión Europea ha establecido directrices específicas y más exigentes para los buques que arriban a sus puertos mientras estos realizan operaciones portuarias. En tal sentido, este trabajo plantea como objetivo el presentar un análisis comparativo de la práctica desarrollada en América Latina y Europa, sobre la eficacia actual de la normativa internacional ambiental marítima, desarrollada a partir del Anexo VI del MARPOL considerando los desafíos y las limitaciones que las obligaciones emergentes representan para el transporte marítimo como sector eminentemente globalizado y con importante impacto en la contaminación del aire y el cambio climático.

Palabras-clave: Transporte Marítimo, Contaminantes Atmosféricos, Cambio Climático, Principio del Trato no más Favorable, Efecto Erga Omnes de las Obligaciones.

Abstract: The maritime industry has challenged itself to globally set goals to reduce air pollution, recognizing its significant climate impact. Through Annex VI of the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships

(MARPOL) the International Maritime Organization (IMO) has limited the main atmospheric pollutants contained in emissions from ships, including sulphur oxides and nitrous oxides; it has banned deliberate emissions of ozone-depleting substances and has established strategies toward decarbonization. The obligations contained in Annex VI of MARPOL and its binding Technical Code are very exhaustive and the IMO has intended that these be implemented globally, seeking maximum effectiveness of the Convention, either through ratification by the States or by applying the so-called Principle of No More Favourable Treatment, which generates Erga Omnes effects from these obligations by requiring compliance with all ships calling at ports of States parties. In the same direction, the European Union has established specific and more demanding guidelines for ships that arrive at its ports while they carry out port operations. In this sense, this work sets the objective of presenting a comparative analysis of the practice developed in Latin America and Europe, on the current effectiveness of international maritime environmental regulations, developed through Annex VI of MARPOL considering the challenges and limitations that these emerging obligations represent for maritime transport as an eminently globalized sector with a significant impact on air pollution and climate change.

Keywords: Maritime Transportation, Air Pollutants, Climate Change, Principle of No More Favourable Treatment, Erga Omnes Effect of Obligations.

INTRODUCCIÓN

El transporte marítimo cobra una alta relevancia dentro del comercio internacional, ya que a través de él se realiza un considerable tránsito de mercancías que según cifras de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) representa alrededor del 80% del comercio mundial en volumen y más del 70% del comercio mundial en valor, con una capacidad de transporte que para el año 2018 se estimó en 10,7 billones de toneladas métricas entre 160 países, reflejados en 58,8 billones de toneladas por milla náutica navegada (UNCTAD, *Informe sobre el Transporte Marítimo,* 2018, p.25), siendo así reconocido este medio de transporte por su globalización y alta eficiencia en términos de costo en función del volumen de carga transportado.

En un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, sin que necesariamente indique esto algún grado de equidad, existe según la UNCTAD un crecimiento poblacional que se sitúa por encima del 1% anual, con un promedio de 1,13% anual en el período 2013—2018 y un promedio de crecimiento económico en el período 2014-2019 del 2,9% anual del Producto Interno Bruto.

Todo esto, entre otros factores, lleva a un incremento de la oferta del transporte marítimo, en términos de número de buques, del 1,67% anual para el período 2015-2020, siendo reportados por UNCTAD para inicios del año 2020 una cifra de 98.140 buques (UNCTAD, *Statistics,* 2020); sin embargo, en este contexto no se pude dejar de hacer mención a que el año 2020 fue afectado por la pandemia del COVID-19, lo que seguramente incidirá en los números, considerando que se estima una caída del 4,3% del (PIB) mundial.

Cabe destacar que después de la segunda guerra mundial hubo un notable incremento del transporte marítimo comercial y junto a este crecimiento nacía la preocupación por la contaminación del medioambiente marino por parte de los buques, que se centró inicialmente en la contaminación de las aguas, cristalizando en el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1954 (conocido como OILPOL), el cual entró en vigor el 26 de julio de 1958. Posteriormente, del 5 al 16 de junio de 1972 se lleva a cabo en Estocolmo (Suecia) la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano donde se adoptó una "Declaración que enunciaba los principios para la conservación y mejora del medio humano y un plan de acción que contenía recomendaciones para la acción medioambiental internacional" (Organización de Naciones Unidas [ONU], *Conferencia de Estocolmo,* 1972). Los principios de la Conferencia de Estocolmo, 1972 son recogidos y codificados en forma detallada en la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 denominada "Protección y preservación del medio marino" y en otras normas que regulan la misma materia dentro del texto de la comentada Convención.

Por su parte, tras devastadores accidentes marítimos que ocasionaron derrames petroleros de gran impacto para los ecosistemas marinos y marino-costeros, la Organización Marítima Internacional (OMI) llevó a cabo del 08 de octubre al 02 de noviembre de 1973 la Conferencia Internacional sobre Contaminación del Mar en la cual se aprobó el Convenio Internacional para Prevenir Contaminación por los Buques (1973), modificado posteriormente por un Protocolo celebrado en 1978 el cual incorpora cinco anexos, a saber: Anexo I - Reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos; Anexo II - Reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel; Anexo III - Reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos; Anexo IV - Reglas para prevenir la

contaminación por las aguas sucias de los buques; y Anexo V - Reglas para prevenir la contaminación por las basuras de los buques.

La adopción de los Anexos I y II fue obligatoria para los Estados que ratificaban el Convenio y los Anexos del III al V eran opcionales. Finalmente, este Convenio en su forma enmendada por el Protocolo de 1978 incluyendo sus Anexos I y II entró en vigor el 02 de octubre de 1983 y se dio a conocer como Convenio MARPOL. Los Anexos V, III y IV entraron en vigor el 31 de diciembre de 1988, 01 de julio de 1992 y 27 de septiembre de 2003 respectivamente. Como puede apreciarse no se contempló para ese momento la contaminación del aire, aunque no era ajena a la preocupación de los Estados.

El 26 de septiembre de 1997 se celebra un nuevo Protocolo en el seno de la OMI con el propósito de mejorar la contribución de dicha Organización Internacional a los esfuerzos mundiales que se realizan para la reducción de emisiones contaminantes derivadas del transporte marítimo internacional, teniendo como referencia el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a favor de la aplicación del criterio o principio precautorio conforme a las capacidades de los Estados previamente considerado en el 37º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino según consta en la Resolución MEPC.67 (37) de fecha 15 de septiembre de 1997 *"Guidelines on the Incorporation of the Precautionary Approach in the contex of Specific IMO Activities"*. El señalado Protocolo incorpora el Anexo VI del Convenio MARPOL que fue denominado "Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques" el cual entró en vigor el 19 de mayo de 2005.

Dado todo este preámbulo y atendiendo a la alta importancia del transporte marítimo y el impacto que éste pueda generar sobre la contaminación atmosférica y el cambio climático, se presenta un análisis crítico comparativo que permite integrar diversos sectores a través de la simbiosis globalización-ética-derecho, desarrollado en cinco elementos que concatenados se aproximan al estudio de la problemática actual abordada desde la compleja perspectiva de este medio de transporte como un sistema globalizado con sujetos intervinientes que representan intereses distintos y con capacidades distintas; esto permitirá conocer cuales han sido las respuestas desde estos sujetos a una regulación cada vez más rigurosa y que ha sido desarrollada con base a principios que buscan garantizar su efectividad; de ese modo se intenta identificar las áreas que pudiesen no ser alcanzadas por la coercibilidad de la ley internacional, al menos no en forma inmediata y directa, y donde la responsabilidad y el comportamiento ético cobran

un papel protagónico, dejando claro que la tecnología avanza en una primera etapa en pro de un monitoreo y control efectivo que permitirá la detección temprana de infracciones cometidas por buques en tráfico internacional y en una segunda etapa hacia una transición de los prototipos dentro de la industria de la construcción naval que conduzcan a la descarbonización del sector.

1. Complejidad del Sistema Transporte Marítimo en función de los sujetos intervinientes

El sistema del transporte marítimo puede resultar muy simple para quien lo aprecia desde fuera sin conocer de su complejidad; pero la realidad es que más allá del aspecto comercial, que no deja de tener una gran relevancia, en él se desarrolla un gran número de relaciones y situaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones para cada uno de sus actores. Su actor principal, al menos para el estudio planteado, es el buque, tan solo por ser la fuente del impacto medioambiental del que tratamos y para cuya operación se ha desarrollado la normativa ambiental marítima.

La primera dificultad que podemos reflejar es su definición, ya que "en el Derecho convencional internacional, encontramos que el concepto varía en función de la finalidad del respectivo convenio" (GABALDÓN, 2012, p. 380), no existiendo una definición única de carácter general. En ese sentido y en cuanto a lo que al presente análisis concierne es importante acotar que el convenio MARPOL tiene uno de los conceptos de "buque" más amplios dentro del ordenamiento jurídico convencional; el mismo está definido en su Artículo 2(4) como: "todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizantes, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes" (OMI, *MARPOL, Ed. Consolidada 2017*, *Convenio 1973,* Art. 2.4).

Resulta claro que el buque es un objeto y no un sujeto, por consiguiente, no es titular de derechos y obligaciones; no obstante, a partir de éste se crean algunos vínculos de relevante importancia, uno de ellos y quizá el más significativo dentro del Derecho Internacional es con el Estado que le otorga su nacionalidad, conocido como Estado Pabellón. Además, durante su actividad comercial navegan entre puertos de diferentes Estados, transitando por Mares Territoriales, Zonas Contiguas y Zonas Económicas Exclusivas de dichos Estados o de terceros Estados cuando, obligados por la derrota, ejercen su derecho al paso inocente

buscando acortar distancias y tiempos, lo cual es económicamente beneficioso, generándose situaciones jurídicas con el Estado Rector del Puerto y/o con los Estados Ribereños de las aguas que transitan y finalmente, cuando está en Alta Mar se afianzan las relaciones jurídicas con la Comunidad Internacional en su conjunto tras la obligación de proteger la seguridad de la vida humana en la mar y al medioambiente marino, cuyo garante es el Estado del Pabellón que enarbola.

> La asignación de nacionalidad a los buques es una consecuencia derivada del principio del libre uso de la alta mar. El otorgamiento del pabellón por un Estado comporta la asunción por éste de una serie de obligaciones y de la responsabilidad consiguiente frente a la Comunidad Internacional, al convertirse en garante del uso correcto de la libertad de los mares por los buques de su nacionalidad. Este vínculo hace posible que los buques estén en todo momento bajo el control de una autoridad pública, dado que no se permite el uso de la alta mar más que a los buques que pueden justificar, mediante el pabellón una nacionalidad. Pretende con ello el Derecho evitar los posibles abusos que deriven de la libertad de los mares, sometiendo al buque a dependencia real de un Estado, encargado de perseguir estas ilegalidades y, en su caso, responder por ellas. (PULIDO, 2015, p. 99).

Sería su Estado Pabellón quien tiene la obligación de la implementación de las regulaciones internacionales a bordo de dicho buque y lo logra a través de un sistema de reconocimientos y certificación. A propósito de la nacionalidad de los buques y de las responsabilidades del Estado Pabellón respecto de la prevención de la contaminación la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR) estipula lo siguiente:

> Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados en su territorio. Tales leyes y reglamentos tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general. (ONU, *CONVEMAR, 1982*, Art. 211.2)

Por su parte y como será desarrollado suficientemente más adelante, el Estado Rector del Puerto es garante de que todo buque que arribe a sus puertos cumpla con las disposiciones de los convenios marítimos de los que es parte, y en el caso específico del Anexo VI del MARPOL, si el Estado Rector del Puerto es Estado parte del Convenio y de su Protocolo de 1997 esta exigencia será hecha bien que el Estado Pabellón del buque visitante sea o no parte de dicho Convenio.

En otra posición encontramos a los Estados Ribereños, que como ya ha sido dicho no necesariamente coinciden con la figura del Estado Rector del

Puerto. Inicialmente podemos decir que la CONVEMAR en sus Artículos 1 y 2 concede a los Estados soberanía sobre su Mar Territorial, además de la obligación general de proteger y preservar el medio marino estipulada en el Artículo 192, incluso, aunque en forma más limitada, jurisdicción respecto a la protección y preservación del medio marino en la Zona Económica Exclusiva según se desprende de sus Artículos 56.1.3 y 211.6.

En último lugar, no por menos importante, el buque está vinculado también con su propietario, que no siempre coincide con quien lo explota comercialmente y busca tener de éste el mayor beneficio económico (su Armador) o con el gestor naval que lo opera técnicamente; lo que el Código Internacional de la Gestión Operacional del Buque y Prevención de la Contaminación (Código IGS) que deriva del Capítulo IX del Convenio de la Seguridad de la Vida Humana en la Mar (Convenio SOLAS) ha definido como "La Compañía" en su Artículo 1.1.2:

> Compañía: el propietario del buque o cualquier otra organización o persona, por ejemplo, el gestor naval o el fletador a casco desnudo que al recibir del propietario la responsabilidad de la explotación del buque, haya aceptado las obligaciones y responsabilidades estipuladas en el Código. (OMI, *Código IGS, Ed. Consolidada 2018*, Art. 1.1.2).

Sobre la Compañía recae la responsabilidad de velar por "los aspectos operacionales del buque que afecten a la seguridad y la prevención de la contaminación" (OMI, *Código IGS, Ed. Consolidada 2018*, Art. 4), "garantizando el cumplimiento de las normas y reglas obligatorias" (OMI, *Código IGS, Ed. Consolidada 2018*, Art. 1.2.3.1), teniendo "presentes los códigos aplicables junto con las directrices y normas recomendadas por la Organización, las Administraciones, las sociedades de clasificación y las organizaciones del sector" (OMI, *Código IGS, Ed. Consolidada 2018*, Art. 1.2.3.2); además de mantener la navegabilidad técnica del buque y todos aquellos requisitos exigidos por el Estado Pabellón.

> Así, en primer lugar, la gestión técnica comporta que el gestor ha de garantizar que el buque cumple con los requisitos de esa índole exigidos por el Estado de pabellón, así como con las prescripciones de los Códigos IGS y PBIP, siempre que estos sean aplicables. Para ello debe de ocuparse de tareas tales como el mantenimiento e inspección del estado del buque, cuidando de su navegabilidad técnica y contratando los servicios del personal inspector y asesor que sean necesarios. Debe, también llevar a cabo las reparaciones y procurarse los pertrechos, respetos y suministros de aceite lubricante que sean necesarios y contratar y supervisar, en su caso, las entradas en dique seco. (GABALDÓN, 2012, p. 328).

Vemos entonces de qué manera convergen por una parte los intereses económicos de los Armadores (en sentido genérico), el posible interés económico de algunos Estados que actúan como "Pabellones de Conveniencia" o "Registros abiertos" y por supuesto la responsabilidad del control y vigilancia por parte de los Estados Ribereños en pro de la protección y la preservación del medio marino.

Por último, podemos decir que la efectividad de la implementación del Anexo VI del MARPOL podría verse comprometida en aquellos casos donde el Estado Ribereño no es parte del Convenio ya que, al menos que su legislación interna establezca normas en esta materia, no estaría en la potestad de ejercer el control y la vigilancia que se requiere para garantizar que los buques de cualquier Estado (parte o no parte) cumplan con el Anexo.

2. El escabroso laberinto de las regulaciones del sector marítimo - ¿Quién regula para quién?

Las primeras iniciativas de la Organización Marítima Internacional respecto de la contaminación del aire por parte de los buques nacen producto del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono, 1987, que entró en vigor el 01de enero de 1989. El mencionado Protocolo dio lugar a la Resolución A.655(16) a través de la cual se "insta a los gobiernos a que limiten el empleo de halones como agentes extintores a bordo de los buques y se pide al Comité de Seguridad Marítima que elabore un plan para la pronta eliminación gradual del empleo de halones" (OMI, *Res. A.719(17)* – Preámbulo) llamando a la comunidad marítima a cooperar en el esfuerzo global propuesto para reducir el agotamiento de la capa de ozono.

> AGREEING that the maritime community should co-operate in the global effort to reduce the ozone depletion and that for the time being no new requirements should be developed which could lead to an increase in the use of halons on board ships, pending further information on the levels of contribution by the maritime use of halons to the over-all ozone depletion. (OMI, *Res. A.655(16)* – Preámbulo).

Dos años más tarde, durante la Asamblea 17, las iniciativas de la OMI extendieron su alcance y en forma clara, a través de la Resolución A.719(17), plantea la "prevención de la contaminación del Aire por los Buques" ya no solo considerando el Protocolo de Montreal respecto de "la eliminación gradual del empleo de halones y de clorofluorocarbonos que agotan la capa de ozono" (OMI, *Res. A.719(17)* – Preámbulo) sino que agrega a sus consideraciones "los protocolos

y declaraciones del Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, 1979, relativos a la reducción de las emisiones de dióxido de azufre y de óxidos de nitrógeno o de sus flujos transfronterizos" (OMI, Res. *A.719(17)* – Preámbulo).

Esta Resolución es la génesis del Anexo VI del MARPOL y de otras iniciativas de la OMI que incluyen la recolección de datos y los estudios técnicos que desde entonces no han cesado, y que buscan el compromiso de los Gobiernos miembros y de toda la comunidad marítima en su conjunto en pro de reducir el impacto del transporte marítimo en la contaminación del aire, resultando en toda una revolución tecnológica y un cambio de paradigmas no solo en el diseño y construcción de buques sino también en la industria petrolera como (aún) principal suplidor de la fuente de energía para la propulsión de las naves: el Fuel Oil, Diesel Oil y Gas Oil marinos.

Todo esto condujo a que del 15 al 26 de septiembre de 1997 se celebrara una Conferencia Internacional de las Partes en el Convenio MARPOL en la cual se adoptó el Protocolo de 1997 del Convenio MARPOL, que añadió un nuevo Anexo VI "Reglas para prevenir la contaminación del aire por los buques" (Anexo VI del MARPOL) así como el Código Técnico para el Control de Emisiones de Óxidos de Nitrógeno de Motores Marinos Diesel (Código Técnico NOx), obligatorio en virtud del Anexo VI del MARPOL.

Los términos para la entrada en vigor del Protocolo, establecidos en su Artículo 6 eran que transcurrieran 12 meses después de la fecha en que por lo menos 15 Estados, cuyas flotas mercantes combinadas representaran no menos del 50% del tonelaje bruto de la marina mercante mundial, se constituyesen en Parte de éste, siendo un requisito sine qua non el ser un Estado Parte del Protocolo de 1978 del Convenio MARPOL.

> El presente Protocolo entrará en vigor 12 meses después de la fecha en que por lo menos 15 Estados, cuyas flotas mercantes combinadas representen no menos del 50% del tonelaje bruto de la marina mercante mundial, se hayan constituido en Partes del mismo de conformidad con lo prescrito en el artículo 5 del presente Protocolo. (OMI – *MARPOL, Ed. Consolidada 2017*, *Protocolo 1997,* Art. 6).

Como fue comentado, el Convenio entró en vigor el 15 de mayo de 2005. A la fecha de la conclusión de este análisis, el Anexo VI del MARPOL cuenta con el respaldo de 99 Estados partes que representan el 96.76% del tonelaje bruto de la flota mercante mundial (OMI, *Status of Conventions*, 2020), lo que denota, al

menos en cuanto a lo que a manifestación de la voluntad de comprometerse se refiere, una respuesta favorable por parte de los Estados que fungen como "Estados Pabellón", quedando evaluar la efectividad de las estrategias convencionales establecidas, si consideramos que aún sesenta (60) Estados de los ciento cincuenta y nueve (159) Estados partes del Convenio MARPOL no lo son de su Protocolo de 1997 (Anexo VI del MARPOL) lo cual pudiese poner en riesgo los procesos de verificación y control establecidos teniendo en cuenta que potencialmente estos 60 Estados no parte pueden ser Estados Ribereños.

Otro de los aspectos interesantes a tener en consideración es lo amplio de la regla general que corresponde al ámbito de aplicación del Anexo VI del MARPOL establecido en su Artículo 1 el cual estipula: "Las disposiciones del presente anexo se aplicarán a todos los buques, salvo que se disponga expresamente otra cosa en las reglas 3, 5, 6, 13, 15, 18, 19, 20, 21 y 22 del presente anexo". (OMI – *MARPOL, Ed. Consolidada 2017*, *Anexo VI,* Reg. 1). Se trae a colación el punto del ámbito de aplicación ya que nos puede conducir a la siguiente pregunta: ¿podría el término "todos los buques" ser equivalente a los términos "tonelaje mundial" o "tonelaje bruto" usado como indicadores representativos por la OMI para reflejar la efectividad del alcance de sus regulaciones?

Los términos "tonelaje mundial" y "tonelaje bruto" probablemente requieran de una mayor precisión conceptual. Cuando la OMI usa la expresión "tonelaje mundial" se refiere al término anglosajón "Tonnage" definido por el diccionario de Cambridge como "the size of a ship or the weight of goods that a ship is able to carry" (CAMBRIDGE DICTIONARY, 2020). Dentro de la clasificación del "tonnage" encontramos que el Convenio Internacional de Arqueo, 1969 (TONNAGE 1969) lo clasifica en dos tipos, a saber, el Arqueo Bruto (Gross Tonnage) definido como "expresión del tamaño total de un buque, determinada de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio" (OMI – *TONNAGE Convention*, 1969, Art. 2.4) y el Arqueo Neto (Net Tonnage) definido como "la expresión de la capacidad utilizable de un buque, determinada de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio" (OMI – *TONNAGE Convention*, 1969, Art. 2.5)

Desde la misma Convención de creación de la OMI en 1948 queda claro que a efectos de esta Organización Internacional y salvo que algún Convenio en específico indique lo contrario, el término "tonelaje mundial" se corresponde con el de "tonelaje bruto": "The present Convention shall enter into force on the date when 21 States, of which seven shall each have total tonnage of not less than

1,000,000 gross tons of shipping, have become parties to the Convention in accordance with Article 71" (OMI – *IMO Convention*, 1948, Art. 74).

No obstante, aún quedan detalles por ampliar y se trata de que el método para el cálculo del arqueo de los buques establecidos en el Convenio TONNAGE, 1969 no es más que un método que está basado en la determinación de volumen y no de peso, siendo cada unidad de arqueo aproximadamente equivalente a "100 pies cúbicos o 2,83 m^3" (DICCIONARIO NÁUTICO, 2020); es decir, el indicador nos muestra la representación del volumen de la flota existente en la marina mercante. Esto trae consigo pros y contras para el análisis propuesto; por un lado, se garantiza que el volumen total de los buques registrados mundialmente se considere dentro del espectro de efectividad de las regulaciones, pero por otro lado no es menos cierto que un Estado puede tener un buen número de buques de menor tamaño registrados bajo su pabellón y no alcanzar el nivel de "tonelaje bruto" de otro Estado que solo tiene registrado unos pocos buques de gran tamaño.

Por precisar el ejemplo nos centraremos en Panamá como el país de América Latina con mayor cantidad de buques registrados. Según la UNCTAD, para el 2020 Panamá tenía bajo su pabellón 218 millones de "tonelaje bruto" correspondiente a buques dedicados al transporte nacional e internacional de mercancías, los cuales representan un 15,63% del tonelaje bruto mundial estimado en 1.397 millones de "tonelaje bruto"; sin embargo, en este tonelaje panameño están representados 7.886 buques de un total de 98.140 buques registrados a nivel mundial para el servicio de transporte de mercancías, es decir, apenas un 8,04% en término de número de buques registrados (UNCTAD, *Statistics*, 2020). Mucho más esclarecedoras las últimas estadísticas de flota mundial presentadas por EQUASIS (EQUASIS, *World Fleet Report Statistics*, 2019) donde se observa (sin considerar los buques medianos y grandes) que los buques pequeños (menores de 500 de tonelaje de registro bruto) son el 46% de la flota mundial pero solo representan el 1% en tonelaje bruto mundial mientras que los buques muy grandes (a partir de 60.000 de tonelaje de registro bruto) son apenas el 5% de la flota mundial pero representan el 49% en tonelaje bruto mundial.

A efectos del Anexo VI del MARPOL es más conveniente siempre considerar el número de buques registrados y así lo han hecho los estudios presentados ante la OMI y que serán analizados más adelante, esto ya que, en mayor o menor medida, todo buque es potencial de contribuir a las emisiones que justamente se pretenden reducir o limitar; pero es precisamente allí donde no

parece sencillo precisar datos de una estadística clara que muestre la cantidad de buques (de marina civil) existentes en el mundo. Una de las estadísticas más conocidas y utilizadas son las de UNCTAD, previamente comentadas, pero estas se basan en los datos facilitados por Clarksons Research y se limitan al siguiente segmento:

> A menos que se indique lo contrario, los buques a los que se hace referencia en el análisis de la UNCTAD son todos los buques mercantes de navegación marítima con propulsión propia con un arqueo bruto igual o superior a 100 TB, incluidos los buques de perforación mar adentro y las unidades flotantes de producción, almacenamiento y descarga. Se han excluido los buques militares, los yates, los buques de navegación en aguas interiores, los pesqueros, las plataformas marítimas fijas y móviles y las gabarras. (UNCTAD, *Informe sobre el Transporte Marítimo,* 2019).

Otras de las fuentes estadísticas mundialmente utilizadas son las de EQUASIS (sobre las que ya se hizo referencia) y las de IHS MARKIT; aunque vale acotar que las estadísticas de IHS MARKIT forman parte de las varias fuentes utilizadas para elaborar las estadísticas de EQUASIS. Desafortunadamente estas tres bases estadísticas no coinciden del todo; como ejemplo tenemos que para el 2019 las cantidades de buques reportadas por estas tres fuentes fue de:

- UNCTAD: 96.698 Buques
- EQUASIS: 117.892 Buques
- IHS MARKIT: 118.525 Buques

A lo largo de estos 15 años desde su entrada en vigor y para poder avanzar en el desarrollo e implementación de sus estrategias, uno de los aspectos prioritarios fue el determinar la cantidad de buques en el mundo y la actividad que realizan. Esto con el fin de mantener actualizados estudios de inventario de las emisiones del transporte marítimo y poder observar sus tendencias en la estimación del consumo de combustible y la emisión asociada de emisiones de CO2 y otros gases de efecto invernadero, incluido el carbono negro, así como los contaminantes atmosféricos más prevalentes. Los estudios llevados a cabo han analizado la flota mundial, su tiempo en la mar, la distancia recorrida por ellos, su velocidad operativa promedio, así como otras métricas importantes. La obtención de la data desde los equipos de rastreo de buques (de uso obligatorio a bordo) tales como el Sistema de Identificación Automática (SIA o AIS en inglés) en consonancia con las directrices emanadas del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) resultan muy útiles para la realización

de estos estudios. También se hizo necesaria la verificación cruzada con el número de identificación OMI asignado a los buques por la Lloyd's Register Fairplay, con los Números de Identificación del Servicio Móvil Marítimo (MMSI) asignado por las Administraciones Marítimas de los Estados y con la data de la Global Fishing Watch (GFW) para obtener unas cifras más realistas lo cual redunda en un inventario más preciso y acciones mejor encaminadas.

> At this stage all unique vessels successfully identified in the AIS dataset for each year are first mapped with the IHS technical specifications database, by either International Maritime Organization (IMO) or Maritime Mobile Service Identity (MMSI) number. Vessels that are matched by IMO number with the IHS database are labelled as Type 1 vessels, while those matched by MMSI number are labelled as Type 2 vessels. All remaining vessels that are found in the AIS datasets are then checked against the GFW database by MMSI number. Only vessels with a capacity greater than 100 Gross Tonnes (GT) are considered to be in scope for this study and were labelled as Type 3 vessels. Finally, all remaining vessels that remain unmatched in the IHS database with an "in service" status during a given year and with a capacity between 100 GT and 300 GT are also considered in scope and marked as Type 4 vessels. (OMI, *MEPC 75-7-15, Fourth IMO GHG Study Final Report*, p. 40, 2020).

El apéndice "O" del referido estudio mostró una flota mundial para el año 2018 de 229.371 buques, de los cuales 158.609 buques eran considerados "domésticos" (incluyendo 36.530 buques de pesca) y 70.762 buques de navegación internacional (OMI, *MEPC 75-7-15, Fourth IMO GHG Study Final Report*, Ap. O.7, 2020). Dado el alcance del estudio, la estadística no muestra la distribución de éstos por banderas (Estado Pabellón) ni por el país de ubicación del Propietario; no obstante, las estadísticas de la UNCTAD pueden servir al menos de referencia sobre estas variables que nos permitirán visualizar las cargas en términos de responsabilidades de implementación de las regulaciones del Anexo VI del MARPOL de las dos regiones objeto de estudio, Unión Europea y América Latina.

En cuando a América Latina UNCTAD reporta para el año 2020 la cifra de 11.223 buques con bandera de alguno de sus diecinueve (19) Estados (UNCTAD, *Statistics*, 2020), el 11,4% de la "flota mundial" en términos de número de buques según señalan estas estadísticas, los cuales representan el 16,64% del tonelaje bruto mundial. De estos diecinueve Estados solo siete (7) han ratificado el Anexo VI del MARPOL, a saber: Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú y Uruguay (OMI, *Status of Conventions*, 2020), aunque Argentina está en proceso de convertirse en el Estado número 8 tras aprobar el Protocolo de 1997 en Diciembre de 2020 (SAIJ, *Aprobación del Anexo VI del MARPOL*, 2020), siendo

Panamá, como ya ha sido comentado, el de mayor número de buques registrados: 7.886 Buques (70% de los buques latinoamericanos que representan el 15,96% del tonelaje bruto mundial). Vale acotar que todos los países de América Latina entran en el rango de economías en desarrollo.

En el caso de la Unión Europea, la flota de sus 27 países suma al 2020, según UNCTAD, 12.048 buques (UNCTAD, *Statistics*, 2020), el 12,3% de la "flota mundial" reportada en términos de número de buques y el 16,59% del tonelaje bruto mundial. La distribución de la flota europea es más equitativa, con cinco Estados que sobresalen abanderando más de 1000 buques cada uno, como es el caso de Chipre, Grecia, Italia, Malta y los Países Bajos; estos cinco países concentran el 59% de esta flota regional. Como dos notas adicionales hay que comentar que solo Austria y Hungría no han ratificado el Anexo VI del MARPOL (no obstante, deben cumplir con la Directiva de Azufre de la Unión Europea que más adelante detallaremos), cada uno de estos Estados solo tienen un buque abanderado; por otro lado, y aunque parezca un comentario de Perogrullo las economías de todos los países de la Unión Europea entran en el rango de economías desarrolladas.

A pesar de no estar directamente vinculado con el alcance del estudio parece relevante comentar que el continente africano registra el 7,2% del número de buques a nivel mundial (13,2% del tonelaje bruto); Oceanía el 5,9% del número de buques (12,1% del tonelaje bruto) y Asia el 44,2% del número de buques (30,0% del tonelaje bruto); (UNCTAD, *Statistics*, 2020).

Para abundar un poco más sobre la diversidad de intereses en juego es necesario abordar finalmente el aspecto de los Armadores, como los interesados en mantener el beneficio económico de sus empresas; esto también nos refleja el interés de las diferentes regiones en la aventura marítima. Los Armadores Europeos representan el 40,5% de la flota mundial en términos de número de buques; teniendo especial interés en abanderar sus buques bajo pabellones de Europa, destacando Malta, Italia, Grecia y Chipre; sin embargo, también arropan el 69,07% de la flota liberiana y el 93,58% de la flota de Islas Marshall. Mientras tanto, Latinoamérica no muestra un interés importante en la empresa marítima y solo representan el 1,1% de los Armadores de la flota mundial. No hay que dejar de lado a los Armadores asiáticos que representan el 50,15% de la flota mundial que incluye al 77,80% de los buques panameños (UNCTAD, *Statistics*, 2020).

Si la entrada en vigor de las regulaciones está en manos de tonelaje bruto mundial, como en efecto lo está, y reconociendo la relación de los Armadores con

el Estado en el cual centran su base (al menos una relación tributaria Administrador-Administrado), pueden visualizarse dos ejes de interés, uno el europeo que arropa parte de los intereses de África (Liberia) y Oceanía (Islas Marshall) y otro el asiático que arropa parte de los intereses de América Latina (Panamá). Ahora bien, el interés va más allá del beneficio económico y trae adosada una responsabilidad; la de velar porque las reglas convencionales se cumplan en sus puertos y aguas territoriales; en este caso, Europa termina siendo un fiscalizador no solo de sus propios buques sino de todos los buques que son el hilo conductor vivo del comercio global, incluyendo ese 55% de la flota mundial que enarbolan los pabellones asiáticos y latinoamericanos.

3. Estrategias urgentes de la OMI ante la crisis del Cambio Climático – La respuesta de la Unión Europea (UE) y de América Latina.

El Anexo VI del MARPOL echó a andar diversas regulaciones dirigidas a limitar los principales contaminantes atmosféricos contenidos en las emisiones por parte de los buques, incluidos los óxidos de azufre (SOx) y los óxidos nitrosos (NOx), las emisiones deliberadas de sustancias que agotan la capa de ozono, la incineración a bordo de los buques y las emisiones de compuestos orgánicos volátiles. En octubre de 2018 el Comité de Protección del Medio Ambiente Marino enmienda el anexo a través de la resolución MEPC.305(73) y cambia el subtítulo de la Regla 14 a "Regla 14 Óxidos de azufre (SOx) y materia particulada" (OMI, *MEPC.305(73),* 2018); no obstante, el contenido de la regla no aborda en forma específica la "materia particulada", de manera que este sería uno de los aspectos que de momento falta por regular.

En cuanto a los óxidos de azufre (SOx) la OMI se planteó una reducción gradual del contenido de azufre en los combustibles fósiles marinos pasando de 4,5% desde la entrada en vigor del Convenio en el 2005 hasta el 01 de enero de 2012; 3,5% desde el 01 de enero de 2012 hasta el 01 de enero de 2020 y 0,5% a partir del 01 de enero de 2020; este último ratificado en octubre del 2016 tras análisis de disponibilidad potencial a nivel mundial de este nuevo tipo de combustible. La comentada resolución MEPC.305(73) estipula también la prohibición de llevar a bordo fueloil que no cumpliera con las nuevas especificaciones, bien siendo usado o bien siendo "transportado para su utilización" (OMI, *MEPC.305(73),* 2018).

La Regla 14 del Anexo VI del MARPOL contempla también la posibilidad de que los Estados partes puedan proponer zonas especiales para el control de emisiones (SECA) en concordancia con el Apéndice III (antes apéndice II) del Anexo VI del MARPOL, justificándolas con una evaluación que demuestre que las emisiones de los buques contribuyen a la contaminación atmosférica por SOx, incluida la deposición de SOx, y a los consiguientes efectos negativos en las zonas marinas y terrestres de que se trata. A partir de la Resolución MEPC.305(73) las SECAs incluyen al Mar Báltico, el Mar del Norte, Norte América y el Caribe de los Estados Unidos; en ellas se requiere que el contenido de azufre en los combustibles fósiles marinos no exceda de 1.5% desde la entrada en vigor del Anexo hasta el 01 de enero de 2010; 1.0% desde el 01 de enero de 2010 hasta el 01 de enero de 2015 y 0,1% a partir del 01 de enero de 2015 (OMI, *MEPC.305(73),* 2018).

El Anexo VI del MARPOL también propuso una solución para aquellos Armadores que por conveniencia económica quisiesen seguir utilizando combustible con alto contenido de azufre; es allí donde entran en juego los sistemas de limpieza de los gases de escape como una respuesta tecnológica al problema de las emisiones. Estos sistemas pueden ser de tres tipos, sistemas abiertos donde el agua, tras lavar los SOx va al mar, sistemas cerrados donde el agua residual es tratada a bordo en un proceso de circuito cerrado y sistemas híbridos que pueden ser abiertos o cerrados a demanda de quien lo opere. No tardaron los países, entre ellos los países de la Unión Europea, en reaccionar ante el uso de los sistemas abiertos (definitivamente más económicos pero que no dejan de ser contaminantes por el vertimiento de las aguas residuales) prohibiendo su uso en puerto. A esta prohibición se suma que la diferencia de precio entre el combustible alto en azufre y el combustible bajo en azufre, que en un principio se estimaba estuviese en el rango de 150 - 200 dólares de los Estados Unidos por tonelada llega hoy día a diferencias que no exceden los 80 dólares (PTB, *Oil Price Information,* 2020), esto significa que se estimaba en ahorro por concepto de combustible ya no resulta tan atractivo, por decir lo menos.

> It is predicted that there will be a significant financial incentive for shipowners not to adhere to the more stringent 0.5% sulphur limit, as marine fuel with a low sulphur content will be much more expensive than high-sulphur marine fuel. Different estimates and calculations have been made setting out the potential price difference between 0.5% fuels and 3.5% fuels, as the later will continue to be available on the market after 2020.

> These estimates place the price spread between 0.5% and 3.5% marine fuel in the range of $150-$200 per ton. Based on such predictions, a large containership could save around $750,000 sailing from a port in Asia to a port in Europe when using non-compliant 3,5% marine fuel instead of compliant 0.5% fuel (FANØ, 2019, p. 16).

A la fecha de concluir la presente comunicación han sido instalados 4572 de estos sistemas de limpieza de gases de escape, un 70% en buques nuevos y un 30% en buques existentes; un 71% del tipo abierto, un 16% del tipo hibrido y un 13% del tipo cerrado (DNVGL, *AFI,* 2020).

El nuevo límite de contenido de azufre pretendía "una caída del 77% en las emisiones totales de SOx" de los buques, equivalente "a una reducción anual de aproximadamente 8,5 millones de toneladas métricas de SOx" (PORTAL PORTUARIO, 2020) que incidiría en cierta forma en la reducción de las emisiones de materia particulada, reconociendo (como ya ha sido mencionado) la falta de una regulación expresa sobre esta materia.

Por su parte la Unión Europea dado su gran interés tanto en el transporte marítimo como en la contaminación ambiental y el cambio climático ha atendido el problema del azufre en los combustibles marinos en forma monolítica.

> Many EU Member States have significant shipping and environmental interest, and can be deemed flag, coastal and/or port States, depending on the circumstances. The EU has therefore adopted several legislative acts pertaining to the shipping with the aim of ensuring safety at sea and protecting the marine environment (FANØ, 2019, p. 99).

La para entonces Comunidad Económica Europea estableció las primeras regulaciones en este respecto a través de la "Directiva 93/12/CEE del Consejo, de 23 de marzo de 1993, relativa al contenido de azufre de determinados combustibles líquidos", la cual ha sido enmendada en cuatro oportunidades, a saber: por la Comunidad Europea a través de las Directivas "1999/32/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999" y "2005/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2005 por la que se modifica la Directiva 1999/32/CE en lo relativo al contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo" y por la Unión Europea a través de las Directivas "2012/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012" y una versión codificada que consideró todo el trabajo previo denominada "Directiva (UE) 2016/802 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a la reducción del contenido de azufre de determinados combustibles líquidos" (UE, *Directiva (UE) 2016/802*, 2016).

Ya la Directiva del 2012 que entró en vigor el 18 de junio de 2014 no solo reiteró la regulación del MARPOL respecto de los limites globales establecidos sino que requirió que aquellos buques que fuesen a estar atracados más de dos horas en alguno de los puertos de los Estados Miembros deben usar combustible con contenido de azufre de 0,1% o inferior, inclusive fuera de las SECAs o en su defecto la utilización de "métodos de reducción de emisiones" como por ejemplo los sistemas de limpieza de gases de escape que cumplan con Resolución MEPC.184(59) de la OMI, adoptada el 17 de julio de 2009 (UE, *2012/33/UE, Enmienda 7*, 2012*)*. También requirió "los buques de pasajeros en servicios regulares efectuados desde o hacia cualquier puerto de la Unión no utilicen en sus aguas territoriales, zonas económicas exclusivas y zonas de control de la contaminación situadas fuera de las Zonas de Control de las Emisiones de SOx combustibles para uso marítimo cuyo contenido de azufre supere el 1,50 % en masa hasta el 1 de enero de 2020." (UE, *2012/33/UE, Enmienda 6*, 2012*)*. La norma también reiteró a través del Artículo 11 de esta Directiva la necesidad de establecer un sistema de sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias" que permitan garantizar "que al menos despojen a los responsables de los beneficios económicos derivados de su infracción y que dichas multas se aumenten gradualmente en caso de infracciones reiteradas" (UE, *2012/33/UE, Enmienda 14*, 2012*)*.

Las normas relativas al muestreo y los informes de conformidad con la Directiva 1999/32/CE del Consejo (en su forma enmendada), por lo que respecta al contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo se incorporaron en la Decisión de Ejecución (UE) 2015/253 de la Comisión de 16 de febrero de 2015 en la cual se establecen procedimientos armonizados sobre el muestreo a bordo (puntual) de combustible, un número obligatorio de inspecciones anuales que corresponda al 10% de buques individuales de los cuales en un rango de 20 a 40% se les realiza muestreo de combustible, fomentar tecnologías alternativas de aplicación / focalización (teledetección por vigilancia aérea y dispositivos portátiles), controles mejorados de los proveedores de bunkers y el uso del sistema de información de la Unión para la determinación de las inspecciones, el cual utiliza los datos de escala de cada buque. Hoy día la Agencia de Seguridad Marítima Europea (ASME) ha desarrollado e implementado el THETIS EU el cual es un sistema de información para el registro y el intercambio de datos por parte de los inspectores de la UE (UE, *Decisión 215/53*, 2015).

La regulación fue avanzando y como fue mencionado, la Directiva de azufre del 2016 (UE, *Directiva (UE) 2016/802*, 2016*)* codificó las regulaciones de las directivas anteriores y en correspondencia con su precedente se mantuvieron las regulaciones específicas que marcan cierta diferencia con el Anexo VI del MARPOL, de los que pueden señalarse: la prohibición del uso de los sistemas de limpieza de los gases de escape del tipo abierto en territorio de la UE si el contenido de azufre del combustible excede el 3,5% independientemente de la efectividad de dicho sistema (Artículo 5); el uso de combustible con máximo contenido de azufre de 0,1% para los buques que estén atracados más de dos horas en puertos de los Estados Miembros de la UE, aún si están localizados fuera de las SECAs (Artículo 7.1 y 7.2-a) y la excepción de la regla anterior si los buques se conectan a electricidad en tierra mientras están atracados (Artículo 7.2-b).

Haciendo un inciso, es de hacer notar que otros Estados fuera de la UE se han sumado a las restricciones de los sistemas de limpieza de los gases de escape del tipo abierto, dentro de los que podemos citar: China (territorial waters), Singapore (within port limits), Malaysia (territorial waters), Pakistan (within port limits), UAE (Fujairah and Abu Dhabi port limits), Bahrain (within port limits), Egypt (Suez Canal), Gibraltar (local waters), Scotland (ports on the Forth and Tay), Norway (heritage fjords), Bermuda (territorial waters), Panamá (the Panama Canal) y USA (Connecticut port waters and Californian waters) – (SAFETY AT SEA, 2020); a estos se suma Colombia que prohíbe la descarga al mar de aguas provenientes de estos sistemas en sus puertos, mar territorial y zona contigua (DGM Colombiana, *CR-20200135,* 2020) lo cual es interesante viniendo de un Estado que no ha ratificado el Anexo VI del MARPOL.

Por destacar un aporte más de la UE se señala que la regulación relativa a las sanciones por incumplimiento pasó a ser, con algunos pequeños cambios, el Artículo 18 de la Directiva codificada, artículo de particular importancia considerando que es una política regional de ius puniendi que debería servir de control efectivo tanto a la violación como a la reincidencia.

> Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las normas nacionales aprobadas al amparo de la presente Directiva.
>
> Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias, y podrán incluir multas calculadas de tal manera que se garantice que estas priven al menos a los responsables de los beneficios económicos derivados del incumplimiento de las normas nacionales mencionadas en el párrafo

> primero y que dichas multas se aumenten gradualmente en caso de incumplimientos reiterados (UE, *Directiva (UE) 2016/802, Art. 18*, 2016*)*.

En definitiva, los Estados Miembros de la Unión Europea son los garantes de la implementación de su Directiva. Todos los buques que hagan escala en puertos de cualquiera de estos Estados deben cumplir con tales regulaciones que, como se expuso precedentemente, tienen un alcance mayor a las regulaciones del Anexo VI del MARPOL en referencia al azufre cuyo alcance y límites responden al Principio del Trato no más Favorable que será expuesto más adelante.

En busca de soluciones surgen nuevas problemáticas. Así, uno de los nuevos desafíos para la industria y el desarrollo tecnológico está en conseguir el punto de equilibrio entre la eficiencia de los motores marinos y las emisiones de SOx ya que ambas son directamente proporcionales, lo que implica que a menor cantidad de emisiones menor es la eficiencia de los motores producto de una combustión deficiente. Para mejorar la combustión con el uso de combustibles residuales de bajo contenido de azufre ha sido necesaria la utilización de aditivos que parecieran agudizar el impacto de las emisiones de monóxido de carbono (CO) y materia particulada. Esto fue expuesto con mucha contundencia por varias Organizaciones No Gubernamentales en el 75º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino como punto 5 del orden del día (OMI, *MEPC 75-5-4 a MEPC-75-5-7*, 2020) solicitándose a la OMI que erradique la utilización de los combustibles residuales mezclados:

> En respuesta a un estudio reciente en el que se señala que los nuevos combustibles residuales mezclados con bajo contenido de azufre proyectados para cumplir el límite mundial de contenido de azufre del 0,50 % prescrito por la OMI para 2020 darán lugar a un aumento muy considerable de las emisiones de carbono negro por los buques, en el presente documento se analizan las consecuencias que esto podría tener para la contribución del transporte marítimo a la crisis climática y se exhorta a la OMI a que implante reglas que erradiquen su utilización (OMI, *MEPC 75-5-5, Nota presentada por Internacional Amigos de la Tierra (FOEI), Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF), Pacific Environment y Coalición para un Transporte Marítimo Limpio (CSC)*, 2020).

Luego del examen de toda esta exhaustiva normativa internacional y regional cabe preguntarse si vamos en buena dirección y en pro de conseguir el objetivo internacionalmente planteado. En respuesta al cuestionamiento, a pesar de todo este esfuerzo, las conclusiones de los resultados presentados en el Cuarto Estudio de la OMI sobre Gases de Efecto Invernadero son poco alentadores. Las

emisiones de SOx se incrementaron en 0,6 millones de toneladas en el período 2012-2018, con altos y bajos anuales, llegando a niveles de 11,4 millones de toneladas de emisiones de SOx (en las estimaciones por buque) / 9,6 millones de toneladas (en las estimaciones por viaje). Las razones del incremento hacen ver que hay un aumento medio del contenido de azufre en el combustible pesado lo cual lleva a pensar que podría provenir de buques abanderados en Estados no partes del Anexo VI o de buques que, aunque son abanderados en Estados partes hacen viajes entre puertos de Estados no partes y por consiguiente no son controlados en este aspecto:

> Las emisiones de SOx y de materia particulada (PM) aumentaron durante este período a pesar de la reducción total del consumo de HFO y del incremento del consumo de MDO y de GNL (resultante en parte de la entrada en vigor en 2015 de varias zonas de control de las emisiones con límites del contenido de azufre de los combustibles). La explicación es que el aumento medio del contenido de azufre del HFO durante este período es superior a la reducción del contenido de azufre asociada al cambio de consumo de combustible (OMI, *MEPC 75-7-15, Cuarto Estudio de la OMI sobre los GEI,* 2020).

Si nos detenemos a evaluar regiones como América Latina encontramos iniciativas aisladas. Once (11) de los 19 Estados, (un 55%) no han ratificado el Anexo VI del MARPOL, por lo que cabe preguntarse ¿a qué puede dar pie?. Si partimos de un beneficio económico en ahorro de combustible cualquier buque podría ser usado en navegaciones desde y hacia estos Estados, a través del Atlántico, el Pacífico o el Ártico sin limitación ni restricción alguna, sin ningún tipo de control y contraviniendo la reglamentación internacional.

La disponibilidad internacional de combustible con bajo contenido de azufre para cumplir con la regulación no representa un problema en forma generalizada en Latinoamérica ya que la industria privada ha puesto al servicio de la demanda del transporte marítimo internacional la oferta de estos combustibles (ARGUS MARINE FUELS, 2020). Las excepciones están donde las regulaciones internas dan poca o ninguna cabida al comercio de estas transnacionales, como es el caso de México y Venezuela y sus empresas petroleras nacionales (PEMEX y PDVSA) que parecen no contar con la tecnología industrial necesaria para poder suplir por ellos mismos la demanda de este tipo de combustible.

Otro de los aspectos que se hace necesario abordar en este análisis, ya que es parte importante del Anexo VI del MARPOL y del foco de las estrategias de la OMI es el de los Gases de Efecto Invernadero (GEI). En primer lugar, en cuanto

a las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) la estrategia de la OMI ha estado dirigida a las nuevas construcciones y con el apoyo de las Organizaciones Técnicas No Gubernamentales consultivas de la Organización, se ha logrado poner en marcha soluciones técnicas en el diseño de los motores de combustión con reducción significativa de las emisiones de NOx que en una primera fase contempló a los buques construidos entre el año 2000 y el 2011, una segunda fase que contempló a los buques construidos entre el 2011 y el 2016 y una tercera fase que contempla los buques construidos a partir del 2016.

Es de acotar que las emisiones del NOx también tienen establecidas sus zonas de control de emisiones, que responden a los mismos criterios de sensibilidad medioambiental ya referidos y que se han denominado NECAs. Cuando una zona limita las emisiones de SOx y NOx se le conoce como ECA. Es de resaltar que está en avance la hoja de ruta para la designación en el Mar Mediterráneo de una zona de control de las emisiones de azufre, como resultado de la 21ª Conferencia de las Partes del Convenio de Barcelona celebrada en Nápoles del 2 al 5 de diciembre de 2019 (ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, 2020).

La estrategia desarrollada por la OMI para la reducción de los GEI se adoptó por la Resolución MEPC.304(72) "Estrategia Inicial de la OMI sobre la Reducción de las Emisiones de GEI Procedentes de los Buques". Dado que el Acuerdo de París no contempló al transporte marítimo la OMI se propuso trabajar en una estrategia que fuese consistente con los objetivos de este acuerdo y de ese modo se plantea unas ambiciosas metas detalladas en el punto 3.1 de la citada resolución:

- Reducir las emisiones de CO2 por trabajo de transporte, como promedio para todo el transporte marítimo internacional, en al menos un 40 % de aquí a 2030 comparado con los niveles de 2008, y proseguir los esfuerzos hacia el 70 % de aquí a 2050 comparado con los niveles de 2008;

- Alcanzar lo antes posible el máximo de las emisiones de GEI procedentes del transporte marítimo internacional y reducir el total de las emisiones de GEI anuales en al menos un 50% de aquí a 2050 comparado con los niveles de 2008, prosiguiendo al mismo tiempo los esfuerzos para suprimirlas gradualmente como se prevé en la Visión como punto en el camino de reducción de las emisiones de CO2 acorde con el Acuerdo de París (OMI, *MEPC.304(72)*, 2018).

Para el planteamiento de su estrategia la OMI se basó en tres estudios sobre GEI que fueron presentados en los años 2000, 2009 y 2014 respectivamente

y de donde surgen tres conclusiones importantes, además de lo concerniente al nivel de emisiones en forma específica; la primera es que el transporte marítimo es el modo de transporte con más bajo nivel de emisiones de GEI comparado con la cantidad de carga transportada a través de distancias considerables; la segunda es que "las emisiones de GEI procedentes del transporte marítimo internacional en 2012 representaban el 2,2 % de las emisiones de CO2 causadas por el ser humano" (OMI, *MEPC.304(72) - 1.6,* 2018) y la tercera que los buques de arqueo bruto igual o superior a 5 000 "representan aproximadamente el 85 % del total de las emisiones de CO2 procedentes del transporte marítimo internacional" (OMI, *MEPC.304(72) - 1.3.3,* 2018).

La Resolución abarca estrategias al corto plazo (2018-2023), a mediano plazo (2023-2030) y a largo plazo (a partir del 2030). Estas inicialmente se basan en la eficiencia energética en su primera fase y parte de la segunda, pero todo indica que nos dirigimos al uso de "combustibles no fósiles o con contenido de carbono nulo para permitir al sector del transporte marítimo evaluar y examinar la posibilidad de la descarbonización en la segunda mitad del siglo" (OMI, *MEPC.304(72) – 4.9.1,* 2018).

Las tendencias del NOx y el resto de los GEI producto del trabajo del transporte marítimo han sido incluidos recientemente en el ya referido Cuarto Estudio de la OMI sobre Gases de Efecto Invernadero (julio del 2020). Dicho estudio fue preparado por un equipo liderado por la consultora europea CE Delft con el apoyo de reconocidas organizaciones tales como: Dalian Maritime University, National Marine Research Institute (NMRI), Fudan University, Purdue University, The International Council on Clean Transportation (ICCT); Fundaşão Instituto de Pesquisas Econômicas, University Maritime Advisory Services (UMAS) y la clasificadora de buques Nippon Kaiji Kyokai (ClassNK). El resultado final fue presentado también en el 75º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino como punto 7 del orden del día (OMI, *MEPC 75-7-15*, *Cuarto Estudio de la OMI sobre los GEI*, 2020).

La realidad es que a pesar de que la intensidad del carbono (emisiones específicas) del transporte marítimo internacional ha disminuido, hay que tener en cuenta que este siempre será un indicador relacionado con el número de buques que realiza la actividad, las cargas que transportan, su velocidad, las distancias recorridas y los tiempos de navegación. Lo que vemos como resultado es que el beneficio que se ha alcanzado por el incremento de la eficiencia energética ha sido de algún modo opacado o al menos neutralizado por la dinámica comercial, bien

por un mayor número de buques o bien por la necesidad de mayores velocidades de servicio.

> Las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) — como el dióxido de carbono (CO2), el metano (CH4) y el óxido nitroso (N2O), expresados en equivalentes de CO2 (CO2e) — procedentes del transporte marítimo total (internacional, nacional y de la pesca) ascendieron de 977 millones de toneladas en 2012 a 1 076 millones de toneladas en 2018 (incremento del 9,6 %). En 2012, 962 millones de toneladas fueron emisiones de CO2, mientras que en 2018 esta cantidad había aumentado en un 9,3 % hasta llegar a 1056 millones de toneladas de emisiones de CO2 (OMI, *MEPC 75-7-15 Cuarto Estudio de la OMI sobre los GEI,* 2020).

Quizá aún no han sido superados los tiempos en los que "cada ser humano está encerrado dentro de un sistema que lo conmina a incrementar sin límites su rebaño, en un mundo que es limitado" posicionándonos una vez más ante la paradoja de "La Tragedia de los Comunes" de Hardin donde "sumando los componentes de estas utilidades parciales, el ganadero racional concluye que para su interés el único curso sensato a seguir es agregar otro animal al rebaño. Y luego otro... Pero esta es la conclusión a la que llegarían todos y cada uno de los ganaderos racionales que comparten un terreno común. Allí radica la tragedia" (HARDIN, *La Tragedia de los Comunes*, 1968) esto nos mantiene lejos de determinar el "punto óptimo", en este caso en la tasa de crecimiento del transporte marítimo.

> Como se concluye en el Tercer Estudio de la OMI sobre los GEI, la probabilidad o el momento en que se podría producir el aumento de las emisiones latentes se desconocen y dependen de la dinámica comercial futura del sector. Con determinadas condiciones comerciales, la velocidad de navegación podría volver a aumentar y con ello producirse un regreso al correspondiente incremento del consumo medio de combustible y de las emisiones de 2015 y 2016. Si este regreso se mantiene, el total o parte de la reducción de la intensidad de carbono lograda hasta la fecha podría revertirse (OMI, *MEPC 75-7-15 Cuarto Estudio de la OMI sobre los GEI,* 2020).

Bien lo sostuvo Hardin citando a Whitehead: "La esencia de la tragedia dramática no radica en su infelicidad, sino en la solemnidad del despiadado actuar de las cosas" (HARDIN, La Tragedia de los Comunes, 1968). "La lógica caricaturizada por Hardin en su ejemplo ha conducido efectivamente a una sobreexplotación de los océanos, a emisiones de carbono que están provocando un calentamiento global, etc." (ROZZI, *Legislando la Relación Sociedad-Naturaleza*, 2007).

Muy a pesar de los resultados del Cuarto Estudio de la OMI sobre los GEI, pudiesen tomarse como sustento de la premisa de que "las dificultades que

suscita la aplicación efectiva del Derecho Internacional Ambiental resultan, en primer lugar, de un escaso nivel de desarrollo institucional de los mecanismos de gobernanza" (CASTILLO, M.; RUIZ, J. 2014, p. 89), es de hacer notar que el relevante trabajo de la OMI y la UE en materia ambiental marítima demuestra que estamos ante Organismos con un desarrollo institucional maduro y que han planteado estrategias claras que marcan una ruta a seguir bien definida. Quizá la diversidad de intereses en juego y la implementación de estrictas regulaciones que mueven el status quo de un sistema, de por sí complejo, son los elementos desafiantes que ralentizan la efectividad.

Tabla 1.

Síntesis comparativa de prácticas desarrolladas en Europa y América Latina en concordancia con el Anexo VI del Convenio MARPOL

Indicador	Unión Europea	Latinoamérica
Alcance del Anexo VI del Convenio MARPOL	Sólo Austria y Hungría no han ratificado el Anexo VI del MARPOL (no obstante, deben cumplir con la Directiva de Azufre de la Unión Europea).	Solo ocho (08) de los 19 Estados, (un 42%) han ratificado el Anexo VI del MARPOL: Argentina (en proceso), Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú y Uruguay.
Regulaciones Regionales	Versión codificada de normas previas consolidadas en la "Directiva (UE) 2016/802" que incluye: Uso de combustible con máximo contenido de azufre de 0,1% para los buques que estén atracados más de dos horas en puertos de los Estados Miembros de la UE, aún si están localizados fuera de las SECAs, excepto si los buques se conectan a electricidad en tierra mientras están atracados y la prohibición del uso de los sistemas de limpieza de los gases de escape del tipo abierto en territorio de la UE si el contenido de azufre del combustible excede el 3,5% independientemente de la efectividad de dicho sistema.	Colombia prohíbe el uso de los sistemas de limpieza de los gases de escape del tipo abierto en sus puertos, Mar Territorial y Zona Contigua. Panamá prohíbe el uso de los sistemas de limpieza de los gases de escape del tipo abierto durante el tránsito por el Canal. Uruguay y Argentina trabajando en el desarrollo de una normativa especial concerniente a la prohibición del uso de los sistemas de limpieza de los gases de escape del tipo abierto.
Otros Mecanismos de Control	Muestreo sistemático de los combustibles marinos usados por los buques junto a un sistema de sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias" que permitan garantizar el	Ninguno. Solo muestreo para verificar cumplimiento del Anexo VI del MARPOL en caso de dudas respecto de su cumplimiento y solo en los Estados parte.

	cumplimiento de la regulación convencional. Uso de satélites y rastreadores que permiten identificación de emisiones fuera de rango (en etapa incipiente).	
Principales Desafíos	Proporcionar a los buques la infraestructura necesaria para reducir emisiones, p. ej. instalaciones de energía eléctrica en tierra, sistemas de carga eléctrica e instalaciones de abastecimiento de combustible alternativo; alentar el transporte marítimo ecológico a nivel nacional a través de beneficios fiscales, estimular la investigación y el desarrollo de tecnologías sin carbono y diseñar programas para aumentar la viabilidad comercial de estas tecnologías. Las instituciones financieras podrían desarrollar programas de finanzas verdes para estimular el transporte marítimo sostenible.	La cooperación regional se hace necesaria. Entre otras posibles soluciones, a través de los Órganos de Integración Regional Latinoamericanos que sean pertinentes puede establecerse una política cohesionada para la implementación del Anexo VI del MARPOL, que facilite a los Estados no parte la posibilidad de tal implementación y futura ratificación del Protocolo de 1997.

4. Un problema con posible solución técnica a corto, mediano y largo plazo que demanda el compromiso de todos los actores de la Comunidad Marítima

A diferencia de lo que Hardin plantea, acá si podemos estar ante un problema con posible solución técnica; solución que cristalizará como un verdadero salto cuántico del transporte marítimo a largo plazo con una notable diferencia entre el hoy y el mañana. Considerando que los buques tienen una vida útil que va entre los 25 y los 30 años y teniendo en cuenta la clara estrategia definida por la OMI no hay duda que caminamos indefectiblemente hacia la descarbonización del transporte marítimo y están en marcha los nuevos prototipos alternativos, tales como los ya mencionados sistemas de limpieza de gases de escape, además del uso de LNG, LPG, metanol, amonia e hidrógeno como combustibles alternativos, además del uso de baterías para motores eléctricos (DNVGL, *AFI,* 2020); con sus pros y contras, seguramente generando otro tipo de aspectos ambientales significativos, probablemente en un escenario de ensayos y errores, pero no hay duda que con una verdadera transición energética en marcha.

> The increase in vessel size, combined with multiple efficiency gains and the recycling of less efficient vessels, have constrained growth in carbon dioxide emissions, despite growth in total fleet tonnage. Some further gains can reasonably be expected over the next decade, as modern eco-designs continue to replace older and less efficient ships. However, these marginal improvements will not be sufficient to meaningfully decrease overall carbon-dioxide emissions as specified in the IMO target of reducing total annual greenhouse gas emissions by at least 50 per cent by 2050 compared with levels in 2008. Achieving these targets will require radical engine and fuel technology changes (UNCTAD, *Review of Maritime Transport*, p. xii, 2020).

A corto y mediano plazo se hace necesario en primera instancia el compromiso de todos los Estados al implementar controles más rigurosos en sus puertos en cuanto a la verificación del cumplimiento de la prohibición de llevar a bordo combustibles con contenido de azufre superior a 0,5% pero esto requiere bien que los Estados Ribereños se hagan parte del Anexo VI del MARPOL o bien que se desarrolle legislación interna que exija normas similares o más rigurosas que las establecidas en la regulación convencional. Los elementos necesarios para que el Estado Rector del Puerto, a través de su régimen de inspecciones pueda llevar a cabo un estricto control a bordo de los buques, están establecidos en la regulación; dentro de estos podríamos mencionar el libro de registro de hidrocarburos, el libro de registro de cambio de combustible, las boletas de entrega de combustible (BDN) y el control de muestras y análisis de laboratorio.

En virtud de lo anterior, el régimen de las inspecciones del Estado Rector del Puerto (ERP) se constituye como la barrera de seguridad por excelencia ante las potenciales violaciones de los buques visitantes. El propósito de estas inspecciones es asegurar que los buques extranjeros que arriben en forma voluntaria a sus puertos cumplan con determinadas regulaciones establecidas por la OMI y por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en cuanto a seguridad a bordo, seguridad de la navegación, dotación, condiciones y medioambiente de trabajo y protección al medio marino. Es un régimen que inicia su proceso de formalización a partir de marzo de 1978 por iniciativa de ocho Estados Rectores de Puertos Europeos tras la celebración del Memorando de la Haya el cual originariamente pretendía la verificación, a bordo de los buques, del cumplimiento del Convenio Nº 147 de la OIT llamado "Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976". Se esperaba que el Memorando de la Haya entrara en vigor en Julio de 1978 pero dos semanas más tarde, el 16 de marzo de 1978 ocurrió el lamentable accidente de la varada del buque Amoco Cádiz en las costas de Bretaña por lo que los signatarios del Memorando de la Haya acordaron

expandir el alcance regulatorio del régimen de inspecciones incluyendo el cumplimiento de los Convenio de la OMI. Esta extensión se adoptó en París a través de un instrumento llamado el "Memorando de París o PARIS MOU" adoptado el 26 de enero de 1982 y que entró en vigor del 01 de julio de ese mismo año (PARIS MOU, 2020).

Actualmente, la mayoría de los países del mundo reconocen la importancia del régimen de inspecciones de los ERP. La cooperación regional entre los Estados Rectores del Puerto ha llevado a que se adopten Memorandos de Entendimiento (MOU), que buscan promover y realizar inspecciones más eficaces para una región determinada. Desde la celebración del PARIS MOU nueve regiones del mundo (incluyendo el mismo PARIS MOU) han celebrado Memorandos de Entendimiento sobre la implementación de los regímenes de ERP: Paris MOU, Tokyo MOU, Acuerdo de Viña del Mar, Caribbean MOU, Mediterranean MOU, Indian Ocean MOU, Black Sea MOU, Abuja MOU y Riyadh MOU (OMI, *Port State Control,* 2020).

Al igual que el asunto del contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo, la Unión Europea ha tratado el tema del régimen de las inspecciones del ERP a nivel comunitario, en este caso a través de la "Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre el control de los buques por el Estado Rector del Puerto", esto con el objetivo de "un mejor cumplimiento de la legislación internacional y comunitaria" en materia marítima, "el establecimiento de criterios comunes para el control de los buques por parte del Estado rector del puerto y la armonización de los procedimientos de inspección e inmovilización," así como "la aplicación en la Comunidad del sistema de control del Estado rector del puerto basado en las inspecciones realizadas en la Comunidad y en la región del Memorando de acuerdo de París con el fin de que todos los buques sean inspeccionados con una frecuencia acorde con su perfil de riesgo, quedando sujetos los buques que representen un mayor riesgo a inspecciones más detalladas y realizadas a intervalos más frecuentes" (UE, *Directiva 2009/16/CE*, 2009).

Dentro de la evolución de las regulaciones del Anexo VI del MARPOL, la enmienda a la ya citada Regla 14 en cuanto a la prohibición de llevar a bordo combustible con contenido de azufre superior al 0,5% es de gran ayuda para que se puedan detectar violaciones durante las inspecciones del ERP. El haber incluido en la regulación la frase "o transportado para su utilización a bordo de un buque" le da un gran margen de amplitud a los inspectores del ERP en cuanto a la

verificación de la calidad de todos los tanques de combustible, de haber sospecha de violación.

Los Estados Pabellón también tienen un importante papel en la verificación y el control de los buques de su nacionalidad. Esto se realiza a través del régimen de reconocimiento y certificación que mantiene la validez de los certificados estatutarios, dentro de los cuales se encuentra el Certificado Internacional de Contaminación del Aire (IAPP), tanto el general como el que se otorga por cada motor Diesel a bordo y el Certificado de Eficiencia Energética del Buque; como ya ha sido dicho, solo si el Estado Pabellón es parte del Anexo VI del MARPOL. Muchos Estados delegan la función del régimen de Reconocimiento y Certificación a Organizaciones Reconocidas (OR), la mayoría de ellas son las mismas Sociedades Clasificadoras quienes actúan en nombre de las respectivas "Administraciones" de los Estados. La transparencia, efectividad y conveniencia de ello no está dentro del alcance del presente trabajo, más no deja de ser interesante abordar el tema en otro momento.

Lo cierto es que es posible que algunos Armadores puedan aún tener gran beneficio económico al dejar de cumplir con estas regulaciones; si su régimen de reconocimiento y certificación es deficiente, el Estado Pabellón tendrá también una gran responsabilidad ante la situación. Recordando de nuevo a Hardin:

> El hombre racional encuentra que su parte de los costos de los desperdicios que descarga en los recursos comunes es mucho menor que el costo de purificar sus desperdicios antes de deshacerse de ellos. Ya que esto es verdadero para todos, estamos atrapados en un sistema de "ensuciar nuestro propio nido" en tanto continuemos comportándonos solo como empresarios libres, independientes y racionales. (HARDIN, *La Tragedia de los Comunes*, 1968).

La cooperación de los Estados Pabellón también es demandada en cuanto a exigir de sus buques los reportes en caso de no disponibilidad de combustible de bajo contenido de azufre a través del ya implementado sistema FONAR (Fuel Oil Non-Availabitity Report). Esto es de gran ayuda para que la OMI pueda identificar brechas en la oferta de estos combustibles que potencialmente puedan generar violaciones.

El asegurar una implementación efectiva, internacional, regional o localmente se pasea también por mecanismos avanzados que permitan la detección de las violaciones en cualquier punto de la travesía de cualquier buque, dentro de los que se incluye el monitoreo satelital (algunos de ellos ya en servicio) y el uso de la tecnología de teledetección que normalmente utiliza rastreadores (sniffers) y

que pueden ser fijados bien en elementos fijos como puentes o bien en drones, helicópteros o aviones.

> Research has shown that sniffers attached to long-range solar-operated drones might be an effective way of detecting non-compliant ships in the middle of an ocean, as these drones can operate for extended periods of time, flying over ships ans shipping lanes, measuring funnel output and combining the data with AIS (FANØ, 2019, p. 23).

El uso en conjunto de ambas tecnologías (Satélite + Sniffers) podría ser un método muy efectivo de monitoreo y control.

> The satellite data could be used in conjunction with the aforementioned sniffers attached on a helicopter, plane or drone, using the sniffer to carry out exact measurements of a particular ship as a follow-up to a satellite's indication of general non-compliance in a particular area (FANØ, 2019, p. 24).

Reconociendo un potencial alto costo de la tecnología y no habiendo dudas de que el beneficio es mayor a dicho costo, quizá las preguntas que podrían quedar abiertas son ¿Cuánto cuesta implementarla? y ¿A quién o a quienes les correspondería pagarla? Preguntas de momento sin respuestas. "De este modo, la tragedia de los comunes ocurrirá con mayor probabilidad cuando sea imposible, por razones políticas, por ejemplo, o demasiado caro, debido a las características físicas o geográficas del recurso, por ejemplo, restringir el acceso al mismo" (FIGUEROA, *"La tragedia de los comunes", cuatro décadas después*, 2007).

5. Algunas respuestas desde los Principios del Derecho Internacional

Desde la entrada en vigor del Convenio MARPOL el Derecho Marítimo Internacional ha ido avanzando con la bandera del Principio del Trato no más Favorable. Este principio confiere el derecho al Estado Rector del Puerto de asegurarse de que todos los buques que arriben a sus puertos cumplen con las regulaciones que sean relevantes, independientemente si el Estado Pabellón del buque es parte o no de la regulación. Otros Convenios como el Convenio Internacional de Aguas de Lastre y Sedimentos y el Convenio OMI-OIT sobre el Trabajo Marítimo van en la misma consonancia, pero no todos los Convenios Marítimos están vinculados a este principio y por supuesto, como se ha mencionado, su aplicación dependerá de que el Estado Rector del Puerto sea parte de la regulación. En el caso del MARPOL este se encuentra establecido en el Artículo 5.4 de la Convención de 1973 en referencia a los Certificados y Reglas

Especiales sobre Inspección de buques, la cual estipula "Respecto a los buques de Estados no partes en el Convenio, las Partes aplicarán en la medida de lo necesario las disposiciones del presente Convenio para garantizar que no se da un trato más favorable a tales buques" (OMI, *MARPOL, Ed. Consolidada 2017*, *Convenio 1973,* Art. 5.4).

Al presentar las estrategias para la reducción de los GEI la OMI recalcó la importancia de este principio como uno de los rectores de estas. Así en la Resolución MEPC.304(72) de fecha 13 de abril de 2018 "Estrategia inicial de la OMI sobre la reducción de las emisiones de GEI procedentes de los Buques" se plantea lo siguiente:

> Los principios rectores de la Estrategia inicial incluyen la necesidad de tener conciencia de los principios consagrados en los instrumentos ya elaborados, tales como el principio de no discriminación y el principio de no dar un trato más favorable, consagrados en el Convenio MARPOL y en otros convenios de la OMI; y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las distintas circunstancias nacionales, consagrado en la CMNUCC, su Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París (OMI, *MEPC.304(72),* 2018).

Como se desprende de la naturaleza y el espíritu de este Principio, el mismo entra en conflicto con el Principio Res Inter Alios Acta, sobre el Derecho de los Tratados, el cual significa que los Tratados solo obligan a las partes del tratado y no crea obligaciones para terceros Estados, que como norma general está contemplado en las reglas 34 y 35 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 1969); además del Principio de extraterritorialidad que considera al Estado Pabellón como entidad legal primaria y por consiguiente ejerce su jurisdicción sobre los buques que enarbolen su pabellón, que se desprende de no pocos artículos de la Convención sobre el Derecho del Mar, 1982. Basado en los dos principios anteriores, a la luz del Derecho Internacional en una primera aproximación no parece lógico pensar que un buque con la nacionalidad de un Estado que no es parte de una Convención se vea forzado a adherirse a estas regulaciones; sin embargo, el Principio del Trato no más Favorable termina siendo una expresión de jurisdicción territorial que le concede al Estado Ribereño la potestad de ejercer su soberanía sobre todo en un puerto dentro de sus aguas interiores y que pretende no poner en desventaja a aquellos buques que cumplen con las regulaciones internacionales (incluyendo los buques del mismo Estado Ribereño, de haberlos).

Por otra parte, la voluntariedad del uso del puerto es un elemento esencial en la aplicación del Principio, esto busca desestimar el interés del viaje por parte del potencial buque visitante que por alguna razón no este en condiciones de cumplir con la regulación.

Todo indica que los efectos del cambio climático y el deterioro continuo del medio ambiente, lo cual, evidentemente ha afectado a las condiciones de vida de los seres vivos del planeta y a la salud humana, además de contribuir a la extinción de muchas de las especies, comienzan a alarmar al mundo entero. Derechos fundamentales de tercera generación comienzan a ser reconocidos con una mayor primacía como derechos colectivos, donde se incluye el derecho a un medio ambiente sano. La ONU en su ODS 13 compromete al mundo a acciones concretas y determinadas en contra del cambio climático. Todo esto ha conllevado a que las regulaciones establecidas por la OMI para reducir y limitar las emisiones de GEI y otros contaminantes se consideren como obligaciones Erga Omnes (oponibles a la Comunidad Internacional en su conjunto).

El Principio del Trato no más favorable si bien es un principio que demarca la jurisdicción territorial y la soberanía de los Estados de cara al Derecho Interno, de cara al Derecho Internacional reconoce la existencia de Obligaciones Erga Omnes para los Estados no partes. La violación de una Obligación "Erga Omnes" obliga al Estado parte a intervenir y tratar de parar dicha violación.

Citando una vez más a Hardin: "La única clase de coerción que yo recomiendo es la coerción mutua, mutuamente acordada por la mayoría de las personas afectadas" (HARDIN, *La Tragedia de los Comunes*, 1968).

Mientras llegan los avances tecnológicos para el mundo marítimo, que sin duda vendrán, se hace necesario que imperen normas coercitivas emanadas de la misma Comunidad Internacional. Habrá quien las intente evadir y habrá siempre quien se oponga y para eso deben desarrollarse mecanismos efectivos de vigilancia y control con el fin de obtener los resultados esperados.

CONCLUSIONES

Las estrategias y sus objetivos hacia una mayor contribución del transporte marítimo al problema de las emisiones de agentes contaminantes y el cambio climático lucen ambiciosos y desafiantes, pero si no existe un alto nivel de compromiso por parte de todos los Estados en el reconocimiento de la globalidad

del problema y por consiguiente del cumplimiento de los acuerdos internacionales, indefectiblemente se verá afectada la efectividad en la implementación de los mismos.

Partiendo del principio de globalidad hay que reconocer que la mejor vía para establecer un control eficaz sobre las acciones que inciden negativamente en un valor común, como es el medio ambiente, es la adopción de tratados internacionales y estrategias de actuación globales. En este sentido, hay que reconocer la eficiencia de la Organización Marítima Internacional y de la Unión Europea, así como el éxito en su gobernanza sobre el Transporte Marítimo Internacional.

El problema de la contaminación del aire y del cambio climático requieren de una solución global y en ese sentido tanto la OMI como la UE han dado el ejemplo ejerciendo su poder de gobernanza internacional, con regulaciones muy firmes y bien sustentadas, escuchando a todos sus Estados partes, sin dejar de lado el principio de equidad dentro del marco del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas, pero siendo firmes en el logro de sus objetivos. Aún queda mucho por hacer, los intereses económicos han hecho postergar las acciones necesarias y el Transporte Marítimo Internacional no es la excepción, pero desde la OMI como regulador dentro de un régimen especial se está caminando incansablemente y en forma ejemplar hacia lo que se pretende. La OMI está abocada a la minimización del impacto ambiental al medio ambiente en general, pero como algo, si se quiere novedoso, su modelo de estructura la ha convertido en un órgano de correlación y cooperación.

La gran diferencia entre la Unión Europea y América Latina en la implementación de las prácticas subsiguientes a la entrada en vigor de Convenios Internacionales, como el que acá estamos analizando, es justamente las distintas visiones que existen en lo que respecta a la coordinación y cooperación que tienen como elemento de erosión las distintas geometrías existentes en lo político y lo económico que realza el interés particular sobre el general o colectivo.

La intervención de los Estados puede ayudar a acelerar la viabilidad comercial y la viabilidad técnica de determinadas medidas. Los Armadores pueden desempeñar un papel fundamental, algunos de los cuales ya son pioneros en el sector de los buques con bajas emisiones de carbono y sin emisiones de carbono. Vamos avanzando hacia objetivos de eficiencia energética más estrictos que incluye límites de velocidad y un estándar de combustible bajo en carbono.

La Unión Europea ha sido muy exitosa en la forma en la que ha implementado una política ambiental comunitaria que, a la luz del transporte marítimo internacional, luce homogénea, convirtiéndola en un actor referente para orientar a otros Estados u Organismos Regionales y establecer acuerdos de cooperación en términos de mecanismos de vigilancia y control en el cumplimiento de las políticas y regulaciones.

Es pertinente señalar que la OMI en sus normas internacionales no deja de lado a los Estados con economías en desarrollo con recursos limitados y cuyas economías dependen del Transporte Marítimo estableciendo procedimientos claros que permiten aminorar las cargas de las obligaciones impuestas por las regulaciones ambientales además de recibir cooperación técnica y apoyo económico.

Por consiguiente y a modo de una reflexión final se destaca que el acompañamiento técnico es importante y como un elemento funcional dentro de la estructura de la OMI se aplaude que este acompañamiento nazca del mismo seno de la OMI a través de su Comité de Cooperación Técnica. Para que pueda haber una efectividad global de las regulaciones, la OMI reconoce que hay que apoyar a los países más desfavorecidos que dependen del transporte marítimo. La transferencia tecnológica se hace determinante y para ello es vital la aportación económica que la OMI obtiene a través de la contribución económica de los Estados en base al tonelaje de flota registrado de donde, por supuesto, los Estados obtienen también un beneficio. Esta contribución dineraria que fluye desde los Estados Pabellón hacia la OMI es distribuida dentro de su estructura de funcionamiento incluyendo la cuota parte que va al Comité de Cooperación Técnica cuyo fin es examinar toda cuestión que sea competencia de la Organización en relación con la ejecución de proyectos de cooperación técnica respecto de los cuales la Organización actúe como organismo de ejecución u organismo cooperador, y cualesquiera otras cuestiones relacionadas con las actividades de la Organización en la esfera de la cooperación técnica. Al efecto ha desarrollado un Programa Integrado de Cooperación Técnica que tiene como misión "ayudar a los países en desarrollo a reforzar su capacidad para cumplir las reglas y normas internacionales relativas a la seguridad marítima y a la prevención y contención de la contaminación del mar, otorgando prioridad a los programas de asistencia técnica que se centran en el desarrollo de los recursos humanos y la creación de capacidad institucional" (OMI, *Cooperación Técnica*, 2020).

REFERENCIAS

ANAVE. *La OMI publica su cuarto Estudio sobre emisiones de GEI*. Nº 622, sep. 2020. Disponible en: <https://www.anave.es/images/documentos_noticias/2020/anave_bia622_septiembre2020.pdf>, Acceso el 10 dic. 2020, 20:00:00.

CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org>, Acceso el 20 sep. 2020, 17:00:00.

CASTILLO, M.; RUIZ, J. *La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2014.

DICCIONARIO NÁUTICO. Disponible en: <https://diccionario-nautico.com.ar>, Acceso el 01 dic. 2020, 19:25:00.

DNVGL. *Alternative Fuels Insight*. Disponible en: <https://www.afi.dnvgl.com/services>, Acceso el 20 dic. 2020, 15:15:00.

ECOLOGISTAS EN ACCIÓN. *El Área de Control de Emisiones para el Mar Mediterráneo obtiene el apoyo de todos los estados litorales*. Disponible en: <https://www.ecologistasenaccion.org/132071/el-area-de-control-de-emisiones-para-el-mar-mediterraneo-obtiene-el-apoyo-de-todos-los-estados-litorales/>, Acceso el 10 dic. 2020, 21:00:00.

EUROPEAN MARITIME SAFETY AGENCY (EMSA). *Equasis Statistics – The World Fleet 2019*. Disponible en: <http://www.emsa.europa.eu/equasis-statistics/items.html?cid=95&id=472>, Acceso el 10 nov. 2020, 18:35:00.

FANØ, J. *Enforcing International Maritime Legislation on Air Pollution through UNCLOS*. Oxford: Hart, 2019.

FIGUEROA, E. *"La tragedia de los comunes", cuatro décadas después: Una evaluación desde la economía acerca de su contribución y de los desafíos que plantea para el futuro*. Revista Ambiente y Desarrollo 23 (1): 72 – 74. CIPMA. Santiago de Chile: San Marino, 2007.

GABALDON, J. *Curso de Derecho Marítimo Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GOBIERNO DE ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Aprobación del Protocolo de 1997 que enmienda el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques 1973 adoptado en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/LNT0006931?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=ley-nacional>, Acceso el 20 dic. 2020, 10:05:00.

GOBIERNO DE COLOMBIA. Dirección General de Marina – Autoridad Marítima Colombiana. *Circular Nº CR-20200135. Disposiciones sobre la descarga de agua de lavado procedente de los sistemas de limpieza de gases de escape (SLGE) a bordo*. Bogotá, 29 de julio de 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. *Convenio Constitutivo de la Organización Marítima Internacional, hecho en Ginebra el 6 de marzo de 1948 (publicado en el Boletín Oficial del Estado» de fechas 6 de junio de 1962, 17 de febrero de 1969 y 28 de marzo de 1978)*. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-5520>, Acceso el 20 sep. 2020, 14:00:00.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. *Convenio internacional de 23 de junio de 1969, sobre Arqueo de Buques, hecho en Londres (Publicado en el Boletin Oficial del Estado núm. 221, de 15 de septiembre de 1982, páginas 24882 a 24891)*. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-23300>, Acceso el 20 sep. 2020, 15:00:00.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982. Publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 39, de 14 de febrero de 1997, páginas 4966 a 5055*. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-3296>, Acceso el 20 sep. 2020, 13:10:00.

HARDIN, G. *La Tragedia de los Comunes (1968)*. Revista Ambiente y Desarrollo 23 (1): 53 – 63. CIPMA. Santiago de Chile: San Marino, 2007.

IHS MARKIT. *Shipping Outlook*. Disponible en: <https://ihsmarkit.com/Info/0120/shipping-outlook-2020.html>, Acceso el 12 nov. 2020, 18:35:00.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). *Conferencia de Estocolmo*. Disponible en: <https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico> Acceso el 01 nov. 2020, 11:20:00.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL (OMI). *Código Internacional de Gestión de la Seguridad, Edición Consolidada 2018*. Londres, 2018.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *IMO and the Environment. 2020?* Disponible en: <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/

Documents/IMO%20and%20the%20Environment%202011.pdf>, Acceso el 12 nov. 2020, 17:55:00.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Index of IMO Resolutions*. Disponible en: <https://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Pages/Default.aspx>, Acceso el 20 dic. 2020, 09:00:00.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *MARPOL, Edición Consolidada 2017*. Londres, 2017.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Port State Control*. Disponible en: <https://www.imo.org/en/OurWork/MSAS/Pages/PortStateControl.aspx>, Acceso el 01 dic. 2020, 19:00:00.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Status of Conventions. 2020*. Disponible en: <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>, Acceso el 01 dic. 2020, 21:10:00.

PARIS MOU. *About us*. Disponible en: <https://www.parismou.org>, Acceso el 01 dic. 2020, 20:00:00.

PETROLEUM BUNKERING (PBT). *Oil Price Information*. Disponible en: <https://www.petrolbunkering.com/price-information/>, Acceso el 10 nov. 2020, 20:50:00.

PORTAL PORTUARIO. *Nuevo límite de azufre*. Disponible en: <https://portalportuario.cl/omi-espera-caida-de-77-en-emisiones-de-oxidos-de-azufre-de-naves/>, Acceso el 20 dic. 2020, 14:35:00.

PULIDO, J. *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*. Madrid: Tecnos, 2015.

ROZZI, R. *La Tragedia de los Comunes: Legislando la relación sociedad-naturaleza*. Revista Ambiente y Desarrollo 23 (1): 64 – 66. CIPMA. Santiago de Chile: San Marino, 2007.

SAFETY AT SEA. *List of Countries that restrict the use of open loop scrubbers*. Disponible en: <https://safety4sea.com/list-of-countries-that-restrict-the-use-of-open-loop-scrubbers/>, Acceso el 01 dic. 2020, 13:25:00.

UNIÓN EUROPEA. *Access to European Union Law*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, Acceso el 20 dic. 2020, 16:25:00.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Handbook of Statistics 2020*. Geneva, 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Informe sobre el Transporte Marítimo 2018*. Geneva, 2018.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Informe sobre el Transporte Marítimo 2019*. Geneva, 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Review of Maritime Transport 2020*. Geneva, 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *UNCTAD Statistics*. Disponible en: <https://stats.unctad.org/handbook/>, Acceso el 12 nov. 2020, 15:45:00.

TEORIA TRIFÁSICA: o dano existencial em conflitos socioambientais a partir de estudo de caso de pescadores tradicionais nas grandes tragédias da mineração

Bruno Henrique Tenório Taveira
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF)
bruno.taveira@hotmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: Este estudo identifica, em primeiro lugar, a necessidade de novas abordagens sobre conflitos socioambientais, partilhando metodologias interdisciplinares e objetivando escopo racionalista do ativismo jurídico. Em seguida aborda a especificidade do caso concreto, centrado em pescadores tradicionais atingidos pelo desastre da Samarco Mineração S.A. com a quebra da Barragem do Fundão em Marina MG, atingindo o Rio Doce em diversos municípios em Minas Gerais e no Espírito Santo. Num terceiro momento, avaliamos os critérios canônicos de responsabilidade civil em face de desastres causados pela indústria extrativista de mineração. Por fim, abordamos a técnica jurídica *stricto sensu*, a partir da teoria bifásica, propondo uma "teoria trifásica" e retomando o estudo de caso. Nas conclusões, sugerimos ampliar o espectro do dano moral em casos concretos, quicá evoluindo para a incorporação do dano existencial.

Palavras-chave: Conflitos socioambientais; Mineração; SAMARCO Mineração S.A.; Pescadores tradicionais; Teoria da decisão.

Abstract: This study identifies, in the first place, the need for new approaches to socio-environmental conflicts, sharing interdisciplinary methodologies and aiming at a rationalist scope of legal activism. It then addresses the specificity of the specific case, centered on traditional fishermen affected by the disaster of Samarco Mineração S.A. with the failure of the Fundão Dam in Marina MG, reaching the Rio Doce in several municipalities in Minas Gerais and Espírito Santo. In a third step, we evaluate the canonical criteria of civil liability in the face of disasters caused by the mining industry. Finally, we approach the legal technique stricto sensu, from the biphasic theory, proposing a "threephasic theory" and resuming the case study. In the conclusions, we suggest expanding

the range of moral damage in specific cases, perhaps evolving towards the incorporation of existential damage.

Keywords: Socio-environmental conflicts; Mining; SAMARCO Mineração S.A.; Traditional fishermen; Decision theory.

INTRODUÇÃO

Diante de grandes conflitos socioambientais, atingindo diversos municípios e inúmeros indivíduos, direta e indiretamente, a hermenêutica jurídica procura enfrentar o desafio de ponderar soluções jurídicas as mais adequadas diante dos cenários multifacetados. Nesse sentido, o presente trabalho busca, tomando como estudo de caso o impacto sobre o modo de vida dos pescadores artesanais duramente afetados pelas grandes tragédias da mineração, discorrer acerca da responsabilidade civil objetiva nas atividades de risco e a respeito do dano existencial causado em razão da perda do modo de vida dessas pessoas atingidas, notadamente pelo desastre da Samarco, que afetou milhares de pescadores ao longo do Rio Doce.

Trata-se de um estudo exemplificativo, o qual ensaia insuficiências em posturas mais canônicas, eis que a complexidade da questão exige também respostas mais complexas, se o que se pretende é a conjunção de métodos racionais e humanistas que se conjuguem em um modelo de justiça distributiva, vale dizer, junto à justiça que prima por decisões que atentam para o conflito em sua correlação com o fato social em sua amplitude, buscando soluções equalizadas com a busca do melhor equilíbrio geral possível e com paridade de armas.

Nesse sentido, várias tipologias e propostas de análise têm surgido no campo judicial em face dessas demandas e vale a pena tê-las no horizonte, ainda que pese a prestação de serviços jurisdicionais pelo Estado - uma vez que seu campo de atuação pressupõe maior neutralidade e atuação mediante provocação expressa. Contudo, a máquina burocrática necessita de inovações, de forma a cumprir seu dever jurisdicional de atender às demandas diversas e complexas em tempo factível, revendo metodologias e critérios de especificidades.

Este estudo identifica, em primeiro lugar, a necessidade de novas abordagens sobre conflitos socioambientais, partilhando metodologias interdisciplinares. Em seguida aborda a especificidade do caso concreto, centrado

em atores sociais (pescadores tradicionais), que, em geral, não seguem normas oficiais de cadastramento, contrato de compra e venda de mercadoria e formalização da atividade tal como esperam alguns julgadores em atendimento a teses desenvolvidas pelos setores jurídicos e escritórios de advocacia contratados pelas mineradoras. Ao longo da pesquisa, a observação direta das práticas pesqueiras, bem como do modo de vida daqueles que se dedicam a tal ofício dão boas pistas para o tratamento justo desta problemática. Num terceiro momento, avaliamos os critérios canônicos de responsabilidade civil em face de desastres causados pela indústria extrativista de mineração. Por fim, abordamos a técnica jurídica *stricto sensu*, a partir da teoria bifásica, propondo uma "teoria trifásica" e retomando o estudo de caso. Nas conclusões, sugerimos ampliar o espectro do dano moral em casos concretos, quiçá evoluindo para a incorporação do dano existencial.

1. ATIVISMO JURÍDICO ENQUANTO MODERNIZAÇÃO DA MÁQUINA BUROCRÁTICA

O ativismo jurídico tem sido termo tratado de maneira positiva ou negativa, conforme se aplique a perspectiva de cobrança ou de interferência do Poder Judiciário junto aos demais poderes; todavia, o que propomos aqui é entender como ativismo a regulação da máquina burocrática estatal em sua prestação de serviços jurisdicionais diante de uma modernidade radicalizada (GIDDENS, 1991; BECK, 2011). Desse modo, faz-se necessário superar a analepse do direito processual (MADEIRA FILHO, 2021), ou seja, o descompasso de tempo entre realidade social e capacidade de respostas jurídicas.

A preocupação é legítima e tem-se demonstrado de diversas maneiras. Uma delas, por exemplo, tem sido a instituição do Prêmio Innovare (https://www.premioinnovare.com.br/), em sua 17ª edição em 2020, destacando práticas inovadoras no campo judiciário e no acesso à justiça. Entre as entidades premiadas em 2020, encontra-se a Associação Redes de Desenvolvimento da Maré, com o prêmio "Destaque" no eixo "Direito à Segurança Pública e Acesso à Justiça", promovendo atendimento jurídico gratuito aos moradores no complexo de favelas, em especial no contexto de violência armada. Premiada como "Gestão Judiciária", a Desembargadora Dallila Andrade (presidente do TRT da 5ª Região) e o Juiz Firmo Ferreira Leal Neto (Juiz auxiliar da presidência) implantaram sistema de tecnologia da informação que permitiu atualização diária, identificando gargalos no sistema da Corregedoria, permitindo ao usuário

acessar o sistema PJE diretamente na tarefa pendente. Na categoria "Tribunal" o vencedor foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Desembargadora Denise Oliveira Cezar, otimizando o sistema de adoção. No campo dos conflitos socioambientais cabe destacar a "Homenageada" na categoria "Defensoria Pública" com o projeto "Reparação dos danos individuais decorrentes do rompimento da barragem I da Mina do Córrego do Feijão em Brumadinho" (https://www.premioinnovare.com.br/noticia/mesmo-durante-a-pandemia-defensoria-publica-mineira-promove-atendimento-especial-para-vitimas-da-barragem-de-brumadinho), a Defensoria Pública Estadual de Minas Gerais com sede em Belo Horizonte, tendo como autores Antônio Lopes de Carvalho Filho, Rodrigo Zouain da Silva, Richarles Caetano Rios, Paula de Deus Mendes do Vale, Felipe Augusto Cardoso, Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias, Sara Cordeiro Matoso, Carolina Morishita Mota Ferreira, Marina Lage Pessoa da Costa, Henrique Vilaça Belo, Aylton Rodrigues Magalhães e o defensor-geral do Estado de Minas Gerais, Gério Patrocínio Soares. Sobre o projeto, que conhecemos em detalhes em visita à Defensoria em maio de 2019, informa o site do Prêmio Innovare:

> O Núcleo Estratégico da Defensoria Pública de Minas Gerais de Proteção aos Vulneráveis em Situações de Crise em Brumadinho busca um método alternativo para a reparação dos direitos individuais dos atingidos pelo rompimento da barragem sob responsabilidade da Vale S.A. Foi construído um documento com a causadora do dano, no qual foram verificadas as maiores vulnerabilidades decorrentes do rompimento. A partir daí, a Defensoria Pública de Minas Gerais instalou-se em uma sede física na localidade, para receber os atingidos e fazer a intermediação de todo seu processo de reparação. Os atingidos pelo rompimento da barragem recebiam acolhimento jurídico e psicológico da Defensoria, que os assessorava para construírem, como protagonistas de suas vidas, a sua reparação, facilitando os trâmites burocráticos, e reduzindo os conflitos no ambiente. Desde abril de 2019, foram realizados 4.924 atendimentos relacionados ao rompimento da barragem de Brumadinho, com 387 acordos fechados, sendo 53 durante o período da pandemia. Os trabalhos de reparação extrajudicial, exclusivamente no âmbito da Defensoria Pública de Minas Gerais já movimentaram mais de R$ 168 milhões, beneficiando 661 pessoas, e gerando uma indenização média de R$ 254 mil.

Em contexto correlato ao do nosso campo de análise, Tostes e Schenk (2021) apresentam *leading cases* a partir dos quais sugerem customização dos conflitos, em prática que participou do Prêmio Innovare em 2016 e recebeu "Menção Honrosa" na categoria "Defensoria Pública". A partir de um acidente

entre dois trens na Supervia no Rio de Janeiro, foi estruturada base para metodologia destinada à customização de solução consensual abrangente, através de Termo de Ajustamento de Conduta, com cinco diretrizes fundamentais: "a) mapeamento imediato da realidade; b) reparação justa e abrangente; c) boa-fé e transparência; d) liberdade de escolha orientada; e e) engajamento e velocidade da resposta" (TOSTES e SCHENK, 2021, p. 271). Os autores detalham cada como se deu cada etapa, que possibilitou um acordo ajustado em apenas 48 horas após o acidente, abrangendo a quase totalidade das vítimas. O modelo, que se valeu de técnicas de mediação e de conciliação, mas se esgotar nelas, foi também aplicado em diversos outros casos: ônibus que pegou fogo em São Gonçalo RJ, três rompimentos de adutora de água em Nova Iguaçu RJ e no Rio de Janeiro, acidente de embarcação da CCR Barcas contra o cais da Praça XV no Rio de Janeiro, acidente de ônibus em Paraty RJ, vazamento da rede de gás no Rio de Janeiro, desalojamento de famílias em face de cratera às margens da BR-040 em Petrópolis RJ e novo acidente na Supervia. O engajamento da equipe da Defensoria Pública, oficiando diversos órgãos e mapeando toda a situação, permitiu soluções rápidas e consensuadas em termos extrajudiciais.

Em outro contexto, envolvendo conflitos de mineração no Pará, já apontamos a utilidade de elaborar ferramentas interdisciplinares. Desse modo, em conflito em Oriximiná, analisamos a iniciativa de Responsabilidade Social Corporativa de uma grande empresa extrativa (Mineração Rio Norte - MRN), utilizando o referencial metodológico elaborado por Gond, Moon e Kang (2011), os quais acionam cinco modelos de relacionamento entre as empresas e o Estado, e os cotejamos no caso concreto, acrescentando elementos simbólicos-culturais, como a luta por identidade e território por parte das comunidades quilombolas afetadas (GRIMBERG e MADEIRA FILHO, 2020a). Em face de três conflitos (Jambuaçu, em Mojú PA, onde 14 comunidades quilombolas confrontam a Vale; em Juriti Velho PA, com 14 comunidades ribeirinhas em conflito com a ALCOA Mineração; e no Alto Trombetas, em Oriximiná PA, onde 37 comunidades quilombolas acordam a exploração da MRN em seus territórios) utilizamos as ferramentas de análise do Welfare State (tido aqui enquanto forma de atuação do Estado para ampliação dos direitos dos cidadãos em casos concretos) propostas por Esping-Andersen (1991), colocando em evidência que o ativismo jurídico possui papel fundamental (GRIMBERG e MADEIRA FILHO, 2020b).

Por fim, antes de apresentarmos nossa proposta, cabe referir o Diagrama de Ishikawa (1995), conhecido como "Espinha de Peixe" pois apresenta um diagrama com a seguinte estrutura: uma "cabeça", que corresponde ao problema a ser analisado e suas "escamas" relativas aos fatores que influenciam no problema, incluindo as subcausas, consequências e as providências a serem tomadas para a resolução do mesmo. Vale dizer, em casos de conflitos socioambientais de grande impacto essa é uma configuração importante, que aponta para a necessidade de soluções em diversas etapas e abrangências.

2. A ATIVIDADE PESQUEIRA E O CONCEITO LEGAL DE PESCADORES

As atividades pesqueiras, no Brasil, estão reguladas na Lei nº 11.959/2009, a qual define pesca no art. 2º como "toda operação, ação ou ato tendente a extrair, colher, apanhar, apreender ou capturar recursos pesqueiros".

A atividade pesqueira compreende todos os processos de pesca, explotação e exploração, cultivo, conservação, processamento, transporte, comercialização e pesquisa dos recursos pesqueiros. A Lei nº 11.959/2009 considera ainda como atividade pesqueira artesanal os trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o processamento do produto da pesca artesanal. De acordo com seu art. 5º, o exercício da atividade pesqueira somente poderá ser realizado mediante prévio ato autorizativo emitido pela autoridade competente.

A primeira distinção essencial que se deve fazer, portanto, é entre pescador amador e pescador profissional. O pescador amador é a pessoa física, brasileira ou estrangeira, que, licenciada pela autoridade competente, pratica a pesca sem fins econômicos, conforme definição do art. 2º, XXI, da Lei nº 11.959/2009. Por outro lado, pescador profissional é a pessoa física, brasileira ou estrangeira residente no país que, licenciada pelo órgão público competente, exerce a pesca com fins comerciais. A diferença essencial entre pescador amador e pescador profissional está no fato do primeiro grupo não ter fins econômicos na atividade, enquanto o pescador profissional exerce a pesca com fins comerciais.

Essa distinção é essencial para se examinar a existência de, por exemplo, lucros cessantes, pois estes ficam evidentes na pesca com fins comerciais e

podem não estar presentes na pesca amadora sem fins econômicos. Já o dano extrapatrimonial pode ser muito maior, hipoteticamente, em um pescador amador do que em eventual pescador profissional que faz da atividade tão somente um meio de gerar recursos financeiros.

Nesse contexto, cumpre destacar uma terceira categoria de pescador que não se encontra regulado na Lei nº 11.959/2009, que é o pescador de fato, embora sem registro no órgão competente. É uma realidade viva, na realidade a mais comum, a referendar toda uma política de Reservas Extrativistas marinhas por parte dos poderes públicos (MADEIRA FILHO e SIMON, 2015). Assim também acontece com muita frequência no interior do Brasil, especialmente, para esse estudo de caso, nos rios que cortam o Estado de Minas Gerais. Essas são as pessoas mais simples, que muitas vezes possuem o seu modo de existência estritamente ligado à pesca. Pessoas verdadeiramente atingidas pelo desastre da Samarco e que não podem sofrer um segundo dano ao verem o Poder Judiciário negar uma pretensão legítima por ausência de cumprimento de uma burocracia estatal. Em tese, pode haver uma espécie qualificada de dano extrapatrimonial nesses casos, em que se pode estar diante de um verdadeiro dano existencial, a depender da prova produzida no processo judicial.

Embora o exercício da atividade pesqueira sem licença, permissão, concessão, autorização ou registro expedido pelo órgão competente seja proibido por questões regulatórias, o Poder Judiciário deve analisar cada caso concreto, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Após a distinção de pescador artesanal, profissional e sem registro, cumpre salientar a natureza da pesca**.** Pesca, para os efeitos da Lei nº 11.959/2009, pode ser classificada como comercial ou não comercial. A pesca comercial possui duas espécies, quais sejam, artesanal e industrial. Pesca artesanal é aquela praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte. Pesca industrial é quando praticada por pessoa física ou jurídica e envolve pescadores profissionais, empregados ou em regime de parceria por cotas-partes, utilizando embarcações de pequeno, médio ou grande porte, com finalidade comercial.

Já a pesca não comercial tem três espécies, que são a científica, amadora e de subsistência. A pesca científica ocorre quando praticada por pessoa física ou jurídica, com a finalidade de pesquisa científica. A pesca amadora é aquela

praticada por brasileiro ou estrangeiro, com equipamentos ou petrechos previstos em legislação específica, tendo por finalidade o lazer ou o desporto. Por fim, a pesca de subsistência é a praticada com fins de consumo doméstico ou escambo sem fins de lucro e utilizando petrechos previstos em legislação específica.

Definido o pescador, cabe destacar a impossibilidade do correto julgamento de uma ação de indenização por danos morais causados a pescadores em virtude do rompimento de barragem de rejeitos de minérios sem a observação direta das práticas de pesca artesanal, as quais revelam aspectos fundamentais da vida social de pescadores.

Cabe destacar que os pescadores, geralmente, têm uma percepção apurada do funcionamento do ecossistema nos quais são, ao mesmo tempo, utentes e partícipes, devido ao exercício cotidiano de suas atividades de captura. Os conhecimentos e modo de vida dos pescadores são transmitidos informalmente de geração para geração. Eles podem, desde que provocados, descrever com detalhes os ciclos hidrológicos e meteorológicos que incidem no Rio Doce, bem como aspectos de sua topografia submersa e o comportamento das espécies aquáticas e não aquáticas. Em um processo judicial, esse fato pode ser comprovado, por exemplo, pelo depoimento pessoal da parte autora.

Importante destacar, ainda, que os pescadores possuem um direito de uso do espaço pesqueiro baseado no costume. Isto ocorre em praticamente todos os territórios de pesca. Trata-se de um fenômeno social, em que os pescadores partilham códigos de conduta que dizem respeito aos espaços dos recursos pesqueiros, com reconhecimento de questões de ordem cultural e espacial em jogo todo o tempo.

Os pescadores administram a vida como um todo de maneira muito peculiar, o que pode gerar desacordo com certas expectativas engendradas por instituições ou atores sociais que não conhecem detalhadamente o cotidiano da atividade pesqueira. A argumentação da defesa das mineradoras de que uma determinada pessoa não é pescador por não ter juntado aos autos a autorização do órgão público se mostra simplista, talvez de quem desconhece a realidade viva dos ribeirinhos e da existência do pescador de fato. Além de uma atividade desempenhada para suprir a subsistência material, a dedicação à pesca pode revelar um mundo repleto de significados conferidos por aqueles que a praticam. É esse conjunto de significados conferidos ao modo de vida do pescador que deve ser levado em consideração na fixação do dano extrapatrimonial.

Ao destruir, por exemplo, o Rio Doce, as mineradoras estão destruindo o modo de vida de milhares de pescadores, em evidente ofensa à dignidade dessas pessoas, em que se mostra cabível a indenização. Nesse sentido, assinala Dias Neto (2012, p. 23):

> Para o pescador, o peixe é um recurso, na medida em que sua venda nos diferentes mercados é convertida em valores monetários. É, além disso, um alimento e, neste sentido, é a forma mais básica de provimento alimentar das famílias de pescadores. Por fim, o peixe é alguém com quem se estabelece uma interação mediada pelo interesse da manutenção da vida. Um ente que deve ser respeitado – pois sem sua existência também não existiriam pescadores – mas alguém que pode ser abatido numa disputa considerada justa. O pescador lê e interage com o mundo, de acordo com seus conhecimentos sobre ele. Para os pescadores, o peixe também "lê" o mundo e interage com os outros elementos da comunidade de vida (outros peixes e outros pescadores, por exemplo) com os mesmos aparatos.

Com efeito, o peixe pode ser entendido como um recurso e como um alimento, o que pode ser resolvido no âmbito do dano material. Ocorre que, para o pescador, o peixe é alguém com quem se estabelece uma interação mediada pelo interesse da manutenção da vida e aqui se enquadra o dano extrapatrimonial sofrido pelos milhares de pescadores atingidos pelos desastres da mineração. Ao considerar o peixe como um ente a ser respeitado, o pescador está a considerar, com seu conhecimento tradicional, as forças ecossistêmicas e a necessidade de manutenção da biota, entendendo períodos de defeso e de piracema (reprodução), e a oportunização para se valer de outras culturas de pescado.

A violação desse modo de vida leva a um profundo impacto nos atingidos. Cabe, mais uma vez, fazer uso da pesquisa de Dias Neto (2012, p. 14), para se compreender que neste tipo de demanda pode se estar diante de um dano moral qualificado, a atingir o modo de vida e até a cosmologia, em verdadeiro dano existencial a essas pessoas:

> Próximo ao eixo do conhecimento, mas formulado em outras bases, está o divino. Seus argumentos levam em conta que o provedor da Lagoa – e da vida em geral – é Deus. Por isso mesmo, ninguém no plano intramundano tem autoridade para se sobrepor à vontade divina. Nenhum indivíduo ou instituição administrativa podem estar acima dela. Entretanto, para poder usufruir da provisão, o pescador tem que conhecer o ambiente, as espécies aquáticas e as técnicas de captura. É como se "ser" pescador artesanal – o que para muitos de meus interlocutores é considerado um dom – lhes conferisse autoridade para que desempenhem suas atividades de captura como bem entenderem. Assim como no eixo do conhecimento, uma

> categoria identitária é acionada, mas neste caso, ela está associada a uma dimensão sobrenatural da vida que os coloca mais perto de Deus, acima do IBAMA.

Da análise interdisciplinar, observa-se a legitimidade local do pescador de fato e aponta-se também uma forma particular de identificar o órgão ambiental responsável por autorizações de pesca. Na realidade, a transcrição acima aponta como comunidades de pescadores consideram o divino em sua forma de ver e viver a pesca.

Dias Neto (2012, p. 15) esclarece ser possível entender que grupos de pescadores, em geral, formulem um conceito de natureza como algo semelhante a uma comunidade de vida. Existiria verdadeira teorização acerca das formas de interação dos seres que a constituem, com termos próprios. Os pescadores fariam uma mistura entre os universos natural/social e social/sobrenatural atualizada na percepção que têm da natureza e objetivada nas suas práticas haliêuticas, expressão que conjuga a arte de pescar e o ato de fé.

Esses pescadores, atingidos por desastres provocados por empreendimentos minerários, usavam o rio não só para lutar pela vida, ao eventualmente buscar o sustento, como também como modo de vida forjado por anos de existência dedicados aos trabalhos haliêuticos. Os desastres provocados pela mineração simplesmente encerram, bruscamente, uma vida dedicada à pesca, em clara ofensa a direitos ou sentimentos morais dessas pessoas. Configurada a violação à dignidade da pessoa humana da parte atingida, abre-se a necessidade de condenação da mineradora a pagar indenização a título de danos extrapatrimoniais.

Cumpre, então, avaliar o valor que deve ser fixado pelo Poder Judiciário como indenização pelo dano extrapatrimonial.

E mais, sopesar, qual no Diagrama de Ishikawa, não só a "cabeça" da questão, mas suas "escamas", o impacto nas famílias, a perda da cultura local, o efeito indireto nos mercados, a alteração de hábitos alimentares, a ampliação de doenças pelo consumo potencialmente tóxico e muito, muito mais.

3. DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DESASTRES DA MINERAÇÃO

A responsabilidade civil objetiva possui três elementos: (a) o exercício de atividade de risco; (b) o dano; (c) o nexo causal. Além disso, cumpre destacar duas premissas metodológicas destacadas por Tepedino, Terra e Guedes (2020, p. 113): (a) a incompatibilidade da técnica da responsabilidade objetiva com a pesquisa da culpa, mesmo que presumida, rompendo-se a lógica subjetivista tão arraigada na tradição cultural brasileira; e (b) a necessidade de que a solução dos conflitos em matéria de responsabilidade civil atenda aos princípios constitucionais da solidariedade social e da justiça distributiva.

A mineração pode ser entendida como a atividade destinada a pesquisar, encontrar e transformar os recursos minerais em vantagens econômicas e sociais. Em condições normais, o exercício regular da atividade já causa diversos danos socioambientais, com danos efetivos ao meio ambiente e deslocamento de comunidades inteiras em decorrência da rigidez locacional. Os danos pelo exercício regular da atividade minerária já são significativos, porém, nos últimos anos, se tem observado a existência de verdadeiros desastres envolvendo a mineração, o que leva a uma necessidade de superação do modelo usual civilista no sistema de responsabilidade civil para que o Poder Judiciário possa promover justiça na análise e decisão de cada caso concreto submetido a sua avaliação.

O fato é que se operou uma mudança no elemento culpa da responsabilidade. Antes, a vítima precisava provar a conduta culposa do agente para obter a justa indenização. Atualmente, basta a existência de uma atividade de risco, não sendo necessária nenhuma discussão acerca da culpa. Em outras palavras, quem pleitear uma indenização em face de uma mineradora que desenvolve atividade de risco não precisa nem mesmo levantar a existência de imprudência, negligência ou imperícia da sociedade empresária. Basta que a parte requerida desenvolva uma atividade de risco que o primeiro elemento da responsabilidade civil estará satisfeito.

A responsabilidade civil objetiva nas atividades de risco já existe no Brasil e se pode destacar o processo contínuo, gradual e exitoso de substituição da ideia de busca de um culpado, pela necessidade de reparação de danos:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito [arts. 186 e 187], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Da análise do dispositivo legal acima, verifica-se que o "caput" ainda consagra a responsabilidade civil subjetiva ao prever a necessidade de reparação do dano em caso de prática de ato ilícito. Por outro lado, o "parágrafo único" apresenta uma verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva no direito civil brasileiro - que deve ser concretizada pelo Poder Judiciário -, em que haverá obrigação de reparar o dano, sem debate acerca da culpa, sempre que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Cabe ao juiz identificar a atividade de risco ao se deparar com as hipóteses fáticas postas em julgamento.

Para a definição da concepção de risco, adota-se no Brasil a teoria do risco criado. Esta teoria foi disseminada por Josserand (1941, p. 556) que entendia que "quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida". No Brasil, Caio Mário da Silva Pereira é um dos defensores da teoria do risco criado. Ele afirma que "se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos" (PEREIRA, 2016, p. 353).

A atividade minerária, por sua natureza, implica riscos para os direitos de outrem, razão pela qual se deve utilizar a responsabilidade objetiva nessas demandas judiciais, substituindo-se a discussão da culpa da mineradora pela simples constatação fática de que a mesma exerce atividade de risco. Desse modo, identifica-se que pode ser facilmente preenchido o primeiro pressuposto para a responsabilidade civil das mineradoras pelos danos causados aos pescadores.

O dano, por sua vez, é a lesão de qualquer bem jurídico tutelado pelo ordenamento. Para haver a obrigação de indenizar, mostra-se essencial a existência do dano, seja patrimonial ou moral. Sem a efetiva existência de dano, não haveria o que ser indenizado na responsabilidade civil. Cavalieri Filho (2019, 104) traz precisa definição do dano:

> Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em

> suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

O conceito de dano envolve, portanto, duas modalidades clássicas, que são o dano material e o dano moral.

O dano material envolve a lesão aos bens integrantes do patrimônio da vítima de forma ampla, tanto as coisas corpóreas, como o direito de propriedade de uma casa, quanto as coisas incorpóreas, a exemplo dos direitos de crédito. De forma derivada, o dano emergente leva a uma imediata redução do patrimônio da vítima. É a diferença do valor do bem jurídico antes e depois do fato. Por outro lado, o lucro cessante é a eliminação do lucro futuro, com redução potencial do patrimônio do atingido, com apuração mediante um juízo de proporcionalidade.

O problema deste segundo elemento da responsabilidade é a prova do dano. Essa dificuldade já havia sido abordada por Alvim (1965, p. 193):

> Grande número de vezes o credor não consegue cobrir-se dos prejuízos totais, não por causa da lei, que lhe dá tudo, mas por causa do rigor da prova exigida. (…) Sempre se reconheceu haver situações difíceis e quase impossíveis de produzir com precisão, dada a natureza dos fatos. O princípio da reparação do dano exige que se tenha em vista todas as circunstâncias que rodeiam o caso, não sendo possível traçar, a priori, regras fixas, que invariavelmente se ajustam a todas as hipóteses.

Existem dois pontos de dificuldade para o atingido por danos da mineração. A primeira é a prova do próprio dano. A segunda dificuldade é a prova do valor da indenização.

O artigo 402, do Código Civil (Brasil, 2002) aponta que: "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". Com efeito, o dano material abrange o que a vítima efetivamente perdeu, que pode ser chamado de dano emergente, como também o que razoavelmente deixou de ganhar, ou seja, o lucro cessante.

O auxílio emergencial também se enquadra neste eixo do dano material, pois representa a ideia de necessidade ligada ao provimento de comida (peixe) ou dinheiro (ganhos obtidos com as vendas do pescado) para a família. Os atingidos pelos danos da mineração enfrentam verdadeira via crucis, em um conjunto de terríveis experiências, primeiro para provar que foram atingidos pelos sucessivos desastres que a mineração tem causado e, depois, para provar o valor da indenização necessária.

Essa grande provação sofrida pelos atingidos ocorre não só nos programas de indenização mediada, criados no âmbito pré-processual, como também na fase judicial nas diversas comarcas e Tribunais que enfrentam questões ligadas aos danos causados pela mineração.

É com a consciência dessas dificuldades enfrentadas pelos atingidos e com a convicção da necessidade de que a solução dos conflitos em matéria de responsabilidade civil atenda aos princípios constitucionais da solidariedade social e da justiça distributiva que se deve valorar a prova produzida nessas situações.

Abordado o dano material, cumpre uma palavra a respeito do dano moral, reconhecido pela Constituição da República como segunda modalidade de dano indenizável.

De fato, já no artigo 1º, III, a Constituição (Brasil, 1988) insere a dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa República. O dano moral pode ser entendido como a violação do direito à dignidade. Eventual violação à dignidade configura dano moral que deve ser indenizado. Nos incisos V, do artigo 5º, a Constituição (Brasil, 1988) assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. E, no inciso X, do artigo 5º, se prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Constituição de 1988 traz, assim, de forma muito clara as duas categorias de danos indenizáveis. Permite de forma expressa a acumulação das duas indenizações e inaugura uma nova fase em que se deve pensar o Direito Civil de acordo com a ordem constitucional vigente. É nesse contexto que o dano moral deve ser reconhecido como toda lesão à dignidade da pessoa humana. Não é necessário vincular o dano moral a algum sofrimento psíquico da vítima. O sofrimento, caso existente, é a consequência da violação à dignidade da vítima. A violação à dignidade, de forma objetiva, é a causa do dano moral.

No que se refere ao dano moral, cumpre, de forma urgente, se avançar para se permitir a aplicação do dano moral *in re ipsa*[1] em casos específicos em que

[1] Quando o dano decorre do próprio fato, é presumido e inexoravelmente independe de comprovação, basta que o autor prove a prática do ato ilícito, configurado o dano. A expressão é derivada de *Res ipsa loquitur*, doutrina do direito consuetudinário anglo-americano que diz que em um processo de responsabilidade civil um tribunal pode

se mostra patente a ocorrência de grave violação a dignidade da pessoa humana passível de levar à necessidade de indenização.

O dano moral *in re ipsa* é o dano moral presumido. Em situações específicas e limitadas, a utilização do dano moral presumido deve ser admitido pela força dos próprios fatos. Pela dimensão dos desastres provocados pela mineração, é simplesmente impossível deixar de imaginar que a ofensa à dignidade da pessoa humana aconteceu. É o caso do pescador que teve toda a vida ligada ao rio modificada pela destruição do Rio Doce. Também é possível um dano moral *in re ipsa* nos atingidos pela tragédia provocada pela Vale em Brumadinho, a título de outro exemplo.

4. O MÉTODO TRIFÀSICO

A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais tem considerado o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

O método bifásico se divide em duas etapas. Na primeira, o juiz deve estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

Na segunda etapa, o magistrado deve apreciar as particularidades do caso concreto, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo.

Esse é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INOCORRÊNCIA. QUANTUM IRRISÓRIO. DEMORA EM PROCEDIMENTO MÉDICO. NECESSIDADE DE PARTO POR CESARIANA. RECONHECIMENTO TARDIO. MORTE DA CRIANÇA NO VENTRE MATERNO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO

---

inferir negligência a partir da própria natureza de um acidente ou lesão na ausência de evidências diretas sobre como qualquer réu se comportou.

EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. DECISÃO MANTIDA.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, é possível a modificação do quantum indenizatório quando os danos morais forem flagrantemente irrisórios ou exorbitantes, hipótese verificada na espécie à luz do método bifásico, inexistindo razão para aplicar a Súmula nº 7/STJ. Precedentes do STJ.

2. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

3. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

4. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

5. Irrisório, no caso, os danos morais em R$ 10 mil, devendo ser elevados para R$ 90 mil, mantido o julgado de origem quanto à correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios. Recurso especial provido.

6. Agravo interno não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1608573/RJ, Recorrente: Sílvia Helena Silva do Nascimento. Recorrido: Casa de Saúde e Maternidade Campinho Ltda. Rel.: Luís Felipe Salomão, j. 20.08.2019**,** DJe, 23.08.2019).

Como afirmado, na primeira fase do critério bifásico para a fixação do importe da indenização por danos morais, o julgador deve buscar os parâmetros jurisprudenciais, para, posteriormente, apreciar as particularidades do caso concreto em julgamento para encontrar o valor mais adequado e proporcional. Passa-se, então, a apreciar os precedentes judiciais para se estabelecer um valor básico para a indenização.

O primeiro precedente que deve ser abordado, no caso do desastre da Samarco, se refere a julgado do Superior Tribunal de Justiça em que o dano

ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe afetou, significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada em que o quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, foi de R$ 3.000,00 (três mil reais), conforme ementa abaixo:

> RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008.
>
> 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo; d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de "defeso" - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado-, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; f) no caso concreto, os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação arbitrada para o acidente - em atenção às características específicas da demanda e à ampla dilação probatória -, mostram-se adequados, não se justificando a revisão, em sede de recurso especial.
>
> 2. Recursos especiais não providos.

> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1354536/SE, Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A e Maria Gomes de Oliveira. Recorrido: os mesmos. Rel.: Luís Felipe Salomão, j. 26.03.2014**,** DJe, 05.05.2014).

No entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, a pescadora recebeu a título de danos morais a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), por ter permanecido seis meses com a atividade de pesca suspensa. Por sua vez, no caso do desastre da Samarco já se vão mais de quatro anos e os pescadores ainda não possuem nem mesmo previsão de quando poderão voltar a pescar no Rio Doce e demais rios afetados.

Em matéria de dano moral a pescadores atingidos pelo desastre da Samarco, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça possui alguns precedentes. Inicialmente, cumpre destacar julgamento em que a parte autora estava habilitada para a atividade de pesca na categoria artesanal. O exercício efetivo dessa atividade foi confirmado pela testemunha ouvida e a atingida ficou temporariamente sem condições de continuar o exercício da pesca. Por oportuno, cumpre trazer à baila a ementa do referido julgado:

> EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - BARRAGEM DE FUNDÃO - ROMPIMENTO - ATIVIDADE PESQUEIRA - COMPROMETIMENTO - ILÍCITO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - MONTANTE INDENIZATÓRIO - FEIÇÃO ABUSIVA - AUSÊNCIA - JUROS DE MORA - MARCO INICIAL
>
> A pessoa que prova o exercício da atividade de pesca profissional para a qual estava devidamente habilitada e nesta condição foi atingida pelo desastre ambiental decorrente do rompimento da barragem de Fundão que, dentre outras consequências, comprometeu as águas do Rio Doce, é parte legítima para reivindicar tutela de danos morais. A caracterização do ilícito, porque constatada no cenário litigioso, impõe para a mineradora a obrigação de responder pelo pagamento da correspondente indenização. Inexistindo parâmetros objetivos para a fixação do montante indenizatório em situações tais, deve o julgador observar a razoabilidade e a proporcionalidade, atentando para o seu caráter punitivo-educativo, e também amenizador do infortúnio causado. Faltando ao montante arbitrado feição exorbitante, não há campo para redução. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidentes sobre a indenização moral contam-se do evento danoso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0011.16.001578-7/001, Apelante: Samarco Mineração S/A. Apelado: Martha Abreu Amorim. Rel.: Desembargador JD. Convocado Octávio de Almeida Neves, j. 03.07.2019, DJe, 09.07.2019).

Ao analisar a quantificação do dano moral, o Desembargador Octávio de Almeida Neves afirma em seu voto:

> Quanto ao montante indenizatório, justamente porque não existe regulação normativa para sua fixação, o valor deve corresponder à lesão, de forma a compensar o dano sofrido, além de também impor ao ofensor uma sanção a fim de rever seu comportamento para evitar a repetição do ilícito. Devem ser levadas em conta a gravidade, extensão, duração e natureza da lesão, assim como sua repercussão no meio social, e ainda as condições econômicas do agente e do lesado e a prova do dano. Em outras palavras, o valor arbitrado deve atender aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, inclusive de maneira a impedir eventual enriquecimento ilícito do consumidor lesado. Desta feita, tomando as circunstâncias do caso, a envergadura do dano e a perturbação no universo pessoal da autora, sem perder de vista razão e proporção, tampouco a particularidade de que, embora dotadas de caráter punitivo, indenizações tais não podem ancorar enriquecimento ilícito, não se reveste de excesso o montante arbitrado na origem em R$ 4.000,00 (quatro mil reais). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0011.16.001578-7/001, Apelante: Samarco Mineração S/A. Apelado: Martha Abreu Amorim. Rel.: Desembargador JD. Convocado Octávio de Almeida Neves, j. 03.07.2019, DJe, 09.07.2019).

Em outro desastre provocado pela atividade minerária, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais condenou a Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. a pagar danos morais e materiais, em razão do prejuízo sofrido com a inundação decorrente do rompimento de barragem de bauxita. No caso concreto, o dano moral se caracterizou pela inundação da lama tóxica na residência das pessoas atingidas. O Desembargador Domingos Coelho descreveu o dano moral da seguinte maneira:

> […] transtorno que os autores experimentaram com a inundação de sua residência por lama tóxica, já que não se pode deduzir que o que fora por ele vivido se trata de mero dissabor, aborrecimento, chateação, contratempo, percalço ou incômodos, mas, sim, de profunda e intensa angústia em presenciar o caos estabelecido, a perda de seus móveis e utensílios de grande utilidade e, ainda, a deterioração do bem imóvel (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.08.092205-7/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Jeselha Lino de Souza e outros. Rel.: Desembargador Domingos Coelho, j. 16.07.2014, DJe, 23.07.2014).

A ementa do acórdão ficou assim redigida:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ATIVIDADE DE RISCO EXERCIDA PELA REQUERIDA - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - RESPONSABILIDADE

> OBJETIVA - FATO COMPROVADO - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. MANUTENÇÃO.
>
> - Demonstrados nos autos fato denunciado, dano em razão dele experimentado e nexo de causalidade entre ambos, isto é tudo quanto basta para caracterizar a responsabilidade civil da empresa mineradora que, a teor do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, tem natureza objetiva.
>
> - O quantum indenizatório deve refletir um juízo prudencial em harmonia com o conjunto probatório, consideradas basicamente as circunstâncias do caso, as condições pessoais do ofensor e do ofendido e a gravidade do dano.
> Interpostos embargos de declaração com cunho manifestamente protelatórios, impõe-se a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, CPC.
> Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.08.092205-7/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Jeselha Lino de Souza e outros. Rel.: Desembargador Domingos Coelho, j. 16.07.2014, DJe, 23.07.2014).

Ao fundamentar a quantificação do dano moral, o Desembargador Domingos Coelho esclarece:

> Por fim, quanto ao valor da indenização pelos danos morais, matéria amplamente discutida nos pretórios, cabe enfatizar que o feito não pode servir de fonte de enriquecimento sem causa, visto que a forma pecuniária não é a única maneira de o indivíduo se ver ressarcido. O magistrado deve pautar-se nas peculiaridades de cada caso, buscando estimar a correta adequação do quantum indenizatório, não podendo deixar de incutir no valor condenatório caráter pedagógico, visando desestimular a reiteração da prática ilícita e, no caso específico, induzir a apelante a tomar os cuidados devidos. Diante das considerações acima expostas, entendo que, no presente caso, o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) fixados para os autores Nicola Italo Cascelli e Maria Margarida Cascelli e o montante de R$ 3.000,00 (três mil reais) arbitrados a favor de Nicola Dornelas Cascelli e Joselha Lino de Sousa foram bem sopesados e adequados à compensação do transtorno moral sofridos por cada um dos autores e em conformidade a conduta praticada pela apelante. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.08.092205-7/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Jeselha Lino de Souza e outros. Rel.: Desembargador Domingos Coelho, j. 16.07.2014, DJe, 23.07.2014).

Em outro precedente da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, também ligado ao rompimento da barragem da

Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda., o Desembargador Saldanha da Fonseca apontou expressamente que a razão da reparação por dano moral não está no patrimônio, mas na dignidade do atingido. Nesse precedente, fixa-se a indenização em R$10.000,00 (dez mil reais), conforme a argumentação do Desembargador:

> Não há falar, ainda, em ausência de comprovação do dano moral, como justificativa única para o pedido de reforma da sentença, porque o fato que gerou a dor está provado. Com efeito, a violação do patrimônio moral do demandante se delineia clara diante da angústia da perda de bens pessoais aliada ao sofrimento de ver a sua casa invadida "pelas águas lamacentas" do rio Muriaé. Tais circunstâncias constituem suficientes para evidenciar perturbação a amparar a condenação imposta em primeira instância. A isso é de se acrescer que, à luz da melhor doutrina e jurisprudência, o dano moral afasta a exigibilidade da prova, pela vítima, da repercussão do ato ofensivo sobre seu patrimônio. É que a razão da reparação não está no patrimônio, mas na dignidade ofendida. Ante a falta de parâmetros a fixação do quantum debeatur é tarefa entregue ao prudente arbítrio do magistrado, que deverá sempre atentar para o fato de que: "(...) a composição do dano moral causado pela dor, ou o encontro do 'pretium doloris' há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, e uma compensação pela perda de um bem insubstituível" (Stocco, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 492). A indenização da dor moral tem duplo objetivo: condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes e, por outro lado, compensar a vítima com certa importância, pela perda que se mostra irreparável, pela dor e humilhação impostas. Bem examinados os fatos e observadas as colocações acima, chega-se a conclusão de que o valor do dano moral deve ser arbitrado em R$ 10.000,00, importância que se afigura justa e adequada a reparar os prejuízos experimentados pelo autor. Saliente-se que no caso em apreço o autor afirma que em sua propriedade, além de utilizá-la como moradia, exerce atividade comerciais, circunstância que reputo suficiente a amparar o pedido de majoração da cifra fixada a título de danos morais. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.07.076482-4/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Fernando Emiliano de Gusmão. Rel.: Desembargador Saldanha da Fonseca, j. 30.01.2013, DJe, 08.02.2013).

O acórdão ficou redigido na forma abaixo:

> EMENTA: DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ATIVIDADE DE RISCO EXERCIDA PELA REQUERIDA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FATO COMPROVADO - DANO MORAL - QUANTUM - RAZOABILIDADE.

> Demonstrados nos autos fato denunciado, dano em razão dele experimentado e nexo de causalidade entre ambos, isto é tudo quanto basta para caracterizar a responsabilidade civil da empresa mineradora que, a teor do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, tem natureza objetiva. Se o quantum indenizatório não reflete um juízo prudencial em harmonia com o conjunto probatório, justifica-se a majoração dos valores arbitrados na origem. Primeira apelação provida. Segundo recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.07.076482-4/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Fernando Emiliano de Gusmão. Rel.: Desembargador Saldanha da Fonseca, j. 30.01.2013, DJe, 08.02.2013).

Analisada a primeira fase do critério bifásico, com transcrição de parâmetros jurisprudenciais, cabe apreciar as particularidades do caso concreto em julgamento para a fixação do valor da indenização por danos morais.

Importante destacar a impossibilidade de apenas reproduzir as quantias fixadas pela jurisprudência, ante a impossibilidade de se admitir uma tarifação ou tabela para o dano moral. Neste momento, destacam-se as particularidades do caso concreto para fixação do valor da indenização. O dano moral percebido pode se apresentar de modo qualificado. Aqui cabem as particularidades de cada caso, a quantidade média de peixe colocado no mercado, danos eventuais à embarcação e aos apetrechos de pesca, lucros cessantes, possibilidade ou não do exercício da atividade. Trata-se de campo clássico do direito civil espelhado em relações laborais, contratuais e comerciais, sopesados pela experiência histórica. Ou seja, para além da racionalidade e mediania expressa pela jurisprudência cabe aferir especificidades que indiquem ir além ou aquém do quantum referenciado.

Aqui, todavia, assim como em catástrofes socioambientais análogas, no caso concreto de pescadores artesanais atingidos por um desastre absolutamente desproporcional que altera a configuração geoespacial em dois estados da federação e em diversos de seus municípios, existe um terceiro elemento, que extrapola o campo exclusivo das relações até então mensuráveis enquanto dano moral, exigindo um ampliar o escopo para um método trifásico.

Com efeito, a destruição do rio interfere no destino da pessoa, pois afeta o que o pescador ou ribeirinho decidiu fazer com a sua vida. É que o desastre da Samarco atingiu a liberdade de escolha dos afetados, em verdadeira afronta ao projeto de vida que o atingido elaborou para sua realização como ser humano. É uma espécie qualificada de dano moral, já nominada por parte da doutrina como dano existencial.

O dano existencial leva a uma alteração substancial no curso normal da existência de uma pessoa, com dificuldade ou impossibilidade total na realização do planejamento de vida do atingido. Como será a existência de um pescador que sempre viveu e trabalhou ligado ao rio após a destruição causada pelo desastre da Samarco?

Os autores tiveram a oportunidade de cruzar o Estado de Minas Gerais e participar de encontros e assistir protestos e reivindicações em diversas searas e ouvir diversos atingidos. Não faltaram casos de relatos de desespero, de depressão e mesmo de suicídio. Já não interessava a "justa indenização", pois parentes perdidos não se recuperam, como não se recuperam anos de entrega a laborar a terra e preparar o sítio para vê-lo devastado pela lama tóxica, ou, enquanto pescador, construir sua "terceira margem do rio" para sequer ter a quem passar sua perplexidade. Fica evidenciado algo além de um dano moral qualificado, além mesmo da ampliação do uso do dano moral *in re ipsa*, mas sim um verdadeiro dano existencial sofrido pelo atingido nesses casos.

Se cada homem ou mulher é a soma do seu lugar, de sua identidade e de sua ação, o pescador atingido pelo desastre da Samarco, está desterritorializado, já não possui comunidade nem profissão.

A jurisprudência nos traz a mediania, as particularidades do dano auxiliam a dosimetria, o terceiro elemento aqui proposto, ainda controverso, ao mapear o dano existencial, será possivelmente a resposta a ser dosada para uma sociedade desenvolvimentista de risco.

Ora, o nexo causal é a ligação entre a conduta culposa (responsabilidade subjetiva) ou desenvolvimento de atividade de risco (responsabilidade objetiva) e o dano. Esse vínculo entre conduta/atividade e dano tem duas funções bem definidas. Em primeiro lugar, o nexo causal permite identificar a quem se deve imputar o resultado danoso. A segunda função do nexo de causalidade é determinar a extensão do dano a se indenizar.

Na responsabilidade civil decorrente dos danos provocados pela mineração, deve-se aplicar a teoria da necessariedade da causa, que prega a necessidade de se perquirir a causa mais adequada e eficiente, isto é, necessária para a produção do dano. O juiz vai buscar a causa necessária à ocorrência do resultado. Nos grandes desastres da mineração, não existe dificuldade em identificar o nexo causal entre a atividade minerária de risco e os danos

suportados pelos atingidos, de modo que a teoria da necessariedade da causa se mostra suficiente.

Desse modo, no caso dos pescadores atingidos pelos desastres da mineração, o nexo causal fica facilmente caracterizado, na medida em que a atividade minerária gerou a degradação do rio, em que os pescadores desenvolviam suas atividades e o seu modo de vida. Por evidente, a atividade de risco desenvolvida pela mineradora é a causa adequada e eficiente do dano sofrido pelo atingido.

CONCLUSÃO

O entendimento acerca da necessidade de redistribuição do ônus da prova em questões ligadas a comprovação do dano material decorrente do desastre da Samarco (rompimento da barragem de Fundão) começa a ser adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ainda que apenas como eventual prova técnica a respeito do impacto dos rejeitos no solo do imóvel. O estudo circunstanciado do caso concreto sugere uma redistribuição do ônus da prova de forma mais ampla nas questões ligadas ao dano material.

Especialmente em relação às tragédias causadas pelo setor de mineração, a disparidade entre os litigantes é enorme. De um lado, as maiores mineradoras do mundo contratam os melhores escritórios de advocacia do país, que atuam de modo incansável na defesa dos interesses patrimoniais de seus clientes. Do outro lado, os atingidos muitas vezes não possuem estrutura de apoio técnico e jurídico adequados e se encontram absolutamente impossibilitados de produzir a necessária prova do dano material sofrido.

É urgente haver um avanço, ainda maior, da jurisprudência no reconhecimento da necessidade de redistribuição do ônus da prova nas questões ligadas ao dano material.

Mas isso, como se viu, não encerra a questão. O Poder Judiciário deve ter redobrado cuidado ao analisar lides envolvendo danos socialmente relevantes, especialmente aqueles decorrentes das grandes tragédias causadas pelo setor de mineração, com o escopo de encontrar a justa decisão para o caso concreto posto em sua apreciação. Nesse sentido, a metodologia trifásica aqui apresentada sugere um escopo mais amplo de análise, sopesando o dano existencial dos

atingidos – aqui exemplificados na figura singular dos pescadores tradicionais – em oposição à indústria extrativista desenvolvimentista.

Em exames correlatos, poderíamos concluir, via análise do Welfare State do caso concreto tratar-se de um Estado de Bem-estar social residual, ou seja, aquele Estado que vai atuar apenas em situações de liminaridades, em geral com algum tipo de bolsa-auxílio temporária. Em uma análise sobre a Responsabilidade Social Corporativa estaríamos a nos aproximar do modelo de gestão onde as próprias empresas substituem os governos onde estes são deficitários e também coordenam e influenciam as ações.

Na "Espinha de Peixe" das motivações das decisões jurídicas o tema permanece fugidio e preso aos modelos *Tício vs Cássio*, e essa é já uma resposta, na sociedade complexa, da capacidade de abrangência da prestação jurisdicional de serviços pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 03 de jul. 2019.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 03 de jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1354536/SE, Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A e Maria Gomes de Oliveira. Recorrido: os mesmos. Rel.: Luís Felipe Salomão, j. 26.03.2014, DJe, 05.05.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1608573/RJ, Recorrente: Sílvia Helena Silva do Nascimento. Recorrido: Casa de Saúde e Maternidade Campinho Ltda. Rel.: Luís Felipe Salomão, j. 20.08.2019, DJe, 23.08.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.07.076482-4/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Fernando Emiliano de Gusmão. Rel.: Desembargador Saldanha da Fonseca, j. 30.01.2013, DJe, 08.02.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.08.092205-7/001, Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Jeselha Lino de Souza e outros. Rel.: Desembargador Domingos Coelho, j. 16.07.2014, DJe, 23.07.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0011.16.001578-7/001, Apelante: Samarco Mineração S/A. Apelado: Martha Abreu Amorim. Rel.: Desembargador JD. Convocado Octávio de Almeida Neves, j. 03.07.2019, DJe, 09.07.2019.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil.* Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos, 2006.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36-37.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS NETO, José Colaço. Quanto custa ser pescador profissional ou quanto custa uma política pública". In: 36º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2012, São Paulo. Anais eletrônicos: São Paulo: ANPOCS, 2012. Disponível em: https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/36-encontro-anual-da-anpocs/gt-2/gt29-2/8181-quanto-custa-ser-pescador-artesanal-ou-quanto-custa-uma-politica-publica/file. Acesso em: 08 mai. 2020.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. In: *Lua Nova*, n. 24, setembro de 1991, p. 85-116.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOND, J.; KANG, N.; MOON, J. The government of self-regulation: on the comparative dynamics of corporate social responsibility. In: *Economy and Society*, v. 40, n. number 4, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/03085147.2011.607364>.

GRIMBERG, Priscilla; MADEIRA FILHO, Wilson. Os regimes de bem-estar social residuais em territórios minerados no Noroeste do Pará, Brasil. In: IV CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN,

ÉTICA Y DERECHO: "Los desafíos de la globalización: respuestas desde América Latina y la Unión Europea". Universidad Complutense de Madrid, España, 19 a 22 de octubre de 2020a.

GRIMBERG, Priscilla; MADEIRA FILHO, Wilson. A responsabilidade social corporativa da MRN nas terras quilombolas da Calha Norte do Pará. In: 9º. CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES: "novo normal e pandemia: tecnologias, desigualdades e democracia". Universidade Estadual do Norte Fluminense, Campos dos Goytacazes RJ, 17 a 19 de novembro de 2020b.

ISHIKAWA, Kaoru. *Controle de qualidade total: à maneira japonesa*. Trad. Iliana Torres. Rio de Janeiro: Campus, 1995

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil.* Revista Forense, vol. 86. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

KIRSCH, S. *Mining Capitalism: the relationship between corporations and their critics.* Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2014.

LEITÃO, Maria do Rosário de Fátima Andrade; SILVA, Vera Lúcia da. "A regulação jurídica da pesca artesanal no Brasil e o problema do reconhecimento do trabalho profissional das pescadoras". In: 17º ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa: Editora UFPB, 14 a 17 de novembro 2012, p. 1194-1215.

MADEIRA FILHO, Wilson; SIMON, Alba. "Era só jogar a rede e puxar": a reafirmação da tradicionalidade enquanto estratégia de reterritorialização na comunidade de pescadores da praia de Itaipu, em Niterói RJ. In: IX CONGRESSO DA REDE LATINO-AMERICANA DE ANTROPOLOGIA JURÍDICA – "Sociedades plurais e estados nacionais: limites e desafios para a efetividade de direitos". Pirenópolis GO, 29 de setembro a 2 de outubro de 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos de Direito Civil. Volume 4. Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOSTES, Eduardo Chow de Martino; SCHENK, Leonardo Faria. Os grandes acidentes de consumo e a customização das soluções consensuais para os conflitos. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio

de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021, p. 261-282.

ZHOURI, Andréa (org.). *Mineração: violências e resistências [livro eletrônico]: um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil.* 1.ed. Marabá/PA: Editorial iGuana, 2018.

O BRASIL E A PRÓXIMA PANDEMIA:
o desmonte ambiental

Rafael van Erven Ludolf
Universidade Federal Fluminense, doutorando do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Rio de Janeiro, Brasil
rafaelvanerven@gmail.com

Evelym Pipas Morgado
Universidade Federal Fluminense, mestranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Rio de Janeiro, Brasil
evelympipas1@gmail.com

Luiza Alves Chaves
Universidade Federal Fluminense, doutoranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Rio de Janeiro, Brasil
luizachavesjgd@gmail.com

Resumo: Se de um lado não é a primeira vez que uma pandemia (covid-19) é zoonótica, especialmente pela comercialização e consumo de animais, por outro, os diversos patógenos potencialmente perigosos ao ser humano não são transmitidos assim tão facilmente, sendo necessária uma conjugação de condições especiais para que isso ocorra. À medida que se promove o desmatamento aumenta-se o risco de micro-organismos – até então em equilíbrio – migrarem para o cotidiano humano e fazerem vítimas. Nesse sentido, a destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, por exemplo, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, acelerada pelo atual governo liderado por Jair Bolsonaro, torna possível que o país seja o foco da próxima pandemia. A partir de tais considerações, o presente artigo se propôs debater a relação entre as condições propícias ao surgimento de doenças epidêmicas e pandêmicas e o desmonte ambiental promovido pelo governo de Jair Bolsonaro, cuja racionalidade neoliberal se vale da instrumentalização da Natureza como fator inerente. O modo de operar da modernidade, pelo dualismo cartesiano entre humanos e natureza foi tratado criticamente neste trabalho por meio de epistemologias críticas às suas concepções dominantes, como a Decolonialidade, o Direito Animal, os Direitos da Natureza e a Ética Vegana.

Palavras-chave: Pandemia. Agronegócio. Direito Animal. Direitos da Natureza. Decolonialidade.

Abstract: If, on the one hand, it is not the first time that a pandemic (covid-19) is zoonotic, especially due to the trading and consumption of animals, on the other hand, the various pathogens, which are potentially dangerous to humans, are not

transmitted as easily, requiring a combination of special conditions for this to happen. As deforestation is promoted, there is an increased risk of microorganisms - until then in balance - migrating to human daily life and making victims. Therefore, the destruction of the Amazon, the Cerrado and the Pantanal, for example, to become areas that supply meat and animal feed, accelerated by Jair Bolsonaro's current administration, makes it possible for the country to be a breeding ground for the next pandemic. Based on such considerations, this article aims to discuss the relationship between conditions conducive to the emergence of epidemic and pandemic diseases and the dismantling of the environment promoted by Jair Bolsonaro's administration, whose neoliberal rationality makes use of the instrumentalization of Nature as an inherent factor. Modernity's mode of operation, via Cartesian dualism between humans and nature, was critically analyzed in this work through epistemologies critical to its dominant conceptions, such as Decoloniality, Animal Law, Rights of Nature, and Vegan Ethics.

Key-Words: Pandemic. Agribusiness. Animal Law. Nature Rights. Decoloniality.

INTRODUÇÃO

Deveria a nossa civilização se resignar a viver sob a ameaça constante de pandemias altamente patogênicas, e simplesmente ter em mãos planos de ação para reduzir seus efeitos quando elas acontecem? Eis a pergunta que inaugura o livro "Pandemias, saúde global e escolhas pessoais", de autoria de Cynthia Schuck Paim & Wladimir J. Alonso, pesquisadores com experiência em epidemiologia.

A pandemia do COVID-19 e outros semelhantes surtos de doenças infecciosas não podem ser comparadas a desastres naturais, tais como terremotos, tsunamis e furacões. O enorme impacto que esses eventos têm na vida de seres humanos e não-humanos não permite que só se mobilize para remediar os seus efeitos, ignorando as causas.

É preciso radicalizar, no sentido de ir à raiz do problema: as práticas predatórias do agronegócio, da pecuária intensiva, da indústria capitalista, sustentadas pelo racionalismo técnico-científico da modernidade que em sua projeção desenvolvimentista deu lugar a uma razão calculadora que transformou o mundo natural em cifras, números, *commodities*, atribuindo uma inferiorização radical aos animais não-humanos e devastando as florestas, fatores que estão na base da crise socioambiental da modernidade e que, até mesmo, viabilizaram o surgimento de epidemias e pandemias, como a do COVID-19.

Todavia, raras as discussões sobre as raízes pandêmicas. Seja nos noticiários, no senso comum e até mesmo no universo acadêmico vê-se um debate acirrado sobre a distribuição, armazenamento e eficácia das vacinas contra o COVID-19, que contam ainda com teorias da conspiração, impulsionadas até mesmo por presidentes, como Jair Bolsonaro, que ao questionar os efeitos colaterais de determinada vacina disse que é possível se transformar em "um jacaré". Discussão deveras importante, todavia, salvo exceções, o debate sequer passa pelas mudanças estruturais que estão na raiz do surgimento das doenças infecciosas de consequências globais.

Para Rob Wallace, epidemiologista e autor do livro "Pandemia e Agronegócio", as origens da atual pandemia de COVID-19, assim como diversas outras epidemias dos últimos anos, residem na globalização das práticas predatórias do agronegócio, mais especificamente na pecuária intensiva, hoje caracterizada por um verdadeiro sistema de produção de patógenos. Ou seja, em cada celeiro do agronegócio deveríamos enxergar também uma fábrica de patógenos (SILVA: 2020).

Desse modo, se por um lado não é a primeira vez que uma pandemia é zoonótica, especialmente pela comercialização e consumo de animais, por outro, os diversos patógenos potencialmente perigosos ao ser humano não são transmitidos assim tão facilmente, sendo necessária uma conjugação de condições especiais estruturalmente organizada para que isso ocorra. À medida que se promove o desmatamento aumenta-se o risco de micro-organismos – até então em equilíbrio – migrarem para o cotidiano humano e fazerem vítimas. A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, por exemplo, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, acelerada sobremaneira pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro e seu ministro do meio ambiente Ricardo Salles, torna possível que o país seja gestor da próxima pandemia.

A partir de tais considerações, o presente artigo se propôs debater a relação entre as condições propícias ao surgimento de doenças epidêmicas e pandêmicas e o aceleramento do desmatamento e da exploração animal pelo governo de Jair Bolsonaro, cuja racionalidade neoliberal, desenvolvimentista, se vale do extrativismo, da objetificação dos animais e do desmatamento como fator inerente.

O modo de operar da modernidade, pelo dualismo cartesiano entre humanos e natureza foram tratados criticamente neste trabalho, por meio de

epistemologias críticas às suas concepções dominantes, como o Giro Decolonial, o Direito Animal, os Direitos da Natureza e a Ética Vegana.

1. Gestando pandemias

O vírus SARS-CoV-2 irrompe num momento de colapso ambiental, onde o aquecimento global, a acidificação marinha, o deflorestamento e a extinção maciça de espécies, por exemplo, têm causado um número cada vez maior de eventos extremos com consequências dramáticas aos animais não-humanos e aos grupos humanos empobrecidos, que pagam o mais alto preço pelo racismo ambiental.

Melhor dizendo, o SARS-CoV-2 não irrompeu, como que precipitando-se subitamente à maneira de um vilão que de outro planeta invadiu o nosso para extingui-lo. Na verdade, o colapso ambiental e sanitário vem de dentro, do contexto que o vírus emergiu, derivado diretamente da lógica de dominação da modernidade, que com sua ética antropocêntrica e utilitarista organiza a apropriação da Natureza e a converte num balcão de negócios, ignorando seus valores intrínsecos. Antropoceno, capitaloceno, colonialoceno, ecocídio, são conceitos críticos que tem apontado para um senso de urgência e rompimento com essa lógica da modernidade, que exponencia a dominação e exploração de seres humanos e não-humanos.

Nesta nova era iniciada pela nossa espécie, o antropoceno, na qual as atividades humanas passaram a ser a principal força sobre as mudanças ambientais globais, mais de 70% da superfície terrestre, sejam florestas, savanas, solos, rios, oceanos e até a atmosfera do planeta, têm a nossa marca. Atualmente, mais da metade da população mundial vive em centros urbanos, população que cresce a cada ano e cada vez mais se apropria e devasta ecossistemas para se construir selvas de pedras, com arquiteturas desconectadas do mundo natural, como se o humano não fosse também Natureza, mas sim um ser à parte, humanocentrado.

Quando falamos em modernidade, referimo-nos a um processo situado histórico e geopoliticamente (DUSSEL: 2005). Esse processo teve arrimo nos processos coloniais em países do Sul global e se perpetua simbólica e estruturalmente até os diais atuais, em novos arranjos que operam de forma mais sofisticada e silenciada na realidade social. Desse modo, a modernidade e a colonialidade são faces da mesma moeda (ROCHA: 2019. p. 18).

Dessa forma, o Sul global foi coagido a talhar os institutos jurídicos acriticamente, em total descolagem com a realidade circundante. Saberes locais, que por exemplo mantinham uma relação multiespécie, não mediados pela dicotomia humano/natureza, foram subalternizados e relegados ao campo do fantástico, do primitivo, inumano e incivilizado. Toda uma diversidade não-antropocêntrica deu lugar a uma razão calculadora, caracterizando a sociedade moderna como o povo da mercadoria, como critica Ailton Krenak:

> Enquanto isso, a humanidade vai sendo descolada de uma maneira tão absoluta desse organismo que é a terra. Os únicos núcleos que ainda consideram que precisam ficar agarrados nessa terra são aqueles que ficaram meio esquecidos pelas bordas do planeta, nas margens dos rios, nas beiras dos oceanos, na África, na Ásia ou na América Latina. São caiçaras, índios, quilombolas, aborígenes — a sub-humanidade. Porque tem uma humanidade, vamos dizer, bacana. E tem uma camada mais bruta, rústica, orgânica, uma sub-humanidade, uma gente que fica agarrada na terra. Parece que eles querem comer terra, mamar na terra, dormir deitados sobre a terra, envoltos na terra. A organicidade dessa gente é uma coisa que incomoda, tanto que as corporações têm criado cada vez mais mecanismos para separar esses filhotes da terra de sua mãe. "Vamos separar esse negócio aí, gente e terra, essa bagunça. É melhor colocar um trator, um extrator na terra. Gente não, gente é uma confusão. E, principalmente, gente não está treinada para dominar esse recurso natural que é a terra. (KRENAK: 2020. p. 11).

Como resultante desse processo, a matriz colonial, além de ocultar saberes humanos, relegou aos animais não-humanos e às entidades naturais um estatuto de não-existência, reificados: uma inferiorização radical. O colapso ambiental e a pandemia atual têm também aí raízes, na medida em que (e não tão somente) a modernidade, com sua lógica capitalista, desprezou modos de ser e estar no mundo que não se apropriam da natureza de maneira utilitária, com vista ao crescimento infinito, desenvolvimento, progresso, lucro e rentabilidade, que, como disse Gudynas (2020) "converte a Natureza em um conjunto de objetos, fragmentados em componentes conhecidos como "recursos".

A modernidade, portanto, em sua projeção desenvolvimentista, se caracteriza, sobretudo, pelo racionalismo técnico-científico, e por esferas culturais que se fundiram e constituíram a sua forma de viver e se organizar econômica e socialmente, trazendo graves consequências no modo como o ser humano passou a se relacionar com seus semelhantes e com as demais entidades do mundo natural, em clivagens exclusivistas, pautadas pela ascendência do direito privado. Este excesso antropocêntrico racional-funcionalista, em proveito do desenvolvimento econômico (denominado por Morin e Kern – 1995 - de tecnociência),

possibilitaram as bases para o crescimento da indústria capitalista e se constituíram em um dos principais fundamentos do modelo cultural ocidental, que transformou o mundo natural e seus elementos em cifras, números, *commodities*, provocando o colapso ambiental e facilitando, por exemplo, o surgimento de epidemias e pandemias, como a do COVID19.

Consequentemente, o Direito Moderno, subalternizou e silenciou saberes e cosmovisões do Sul, forjando um ordenamento jurídico que detém muita dificuldade em reconhecer direitos para além dos humanos e aos povos originários que se recusam a viver conforme uma ideia de humanidade que "se define pelas coisas e que transformou os seus meios em fins", no dizer de Davi Kopenawa.

A colonialidade se manifesta sobre a natureza, mais especificamente nas relações que a humanidade encampa, não só sob o ponto de vista da dominação com as práticas extrativistas, mas sobretudo com a Divisão Internacional da Natureza (LANDER: 2014), que nega "os modelos da natureza baseados no lugar, assim como as práticas e racionalidades culturais, ecológicas e econômicas que as acompanham" (ESCOBAR: 2005, apud ROCHA, 2019, p. 41).

Estabelece-se uma divisão binária entre Natureza-Sociedade que proporciona, inclusive, o destacamento do humano da primeira e consequente processo de dominação e exploração alicerçado pela narrativa salvacionista, heroica e civilizatória da racionalidade Moderna (ROCHA, 2019, p. 59).

A domesticação da natureza expandindo a agricultura e confinando animais, seja enquanto parceiros domésticos, seja enquanto currais nutrientes, erigiu a civilização contemporânea. Entretanto, a expansão em escala mundial do modelo das fazendas produtivas implicou, a um tempo, em forte alteração da sustentabilidade genética e, em contrapartida, implicou em rediscutir as cartelas de direitos, ampliando-os para a própria natureza, até então tida como uma espécie de almoxarifado dos direitos das coisas.

Em contrapartida, existe um movimento emergente de viragem ao modelo jurídico colonial, construindo uma epistemologia crítica às concepções hegemônicas da modernidade para pensar a animalidade a partir do Sul, em diálogo. São as perspectivas com bases epistemológicas decoloniais e oriundas dos modelos constitucionais disruptivos latino-americanos, que visam fazer valer os interesses da natureza e dos animais não-humanos, como as perspectivas dos Direitos da Natureza, nas constituições da Bolívia e do Equador, que trazem os conceitos de *Pachamama* e *Buen vivir*, e do Direito Animal Brasileiro, que defende

dignidade própria aos animais não-humanos sencientes, com o objetivo de apontar caminhos alternativos ao modelo tecnocrático e antropocêntrico da modernidade.

Oportuno citar também as perspectivas do Pós-Extrativismo e Decrescimento, como saídas do labirinto capitalista. A ideia de decrescimento vem da Europa e tem raízes acadêmicas, o pós-extrativismo é latino-americano e nasceu no calor das grandes mobilizações antineoliberais da virada do século (ACOSTA, BRAND: 2018).

O pós-extrativismo surge como resistência centenária dos povos latino-americanos, sobretudo das populações indígenas, cujos modos de vida tradicionais andinos e amazônicos são exemplos de como deter o progresso e o desenvolvimento, que destroem o meio ambiente, concentram renda e promovem desigualdade. Decrescimento é ideia originária da Europa, contrariando a lógica do crescimento econômico infinito, que ignora os impactos socioambientais do crescimento e a capacidade de regeneração da Natureza. Ambos os autores são radicais em apontar a necessidade urgente de alternativas que superem — e aperfeiçoem — a modernidade.

A lógica de dominação e o colapso ambiental e sanitário da modernidade aqui discutida criticamente, é também profundamente ampliada pelos seus hábitos de consumo, principalmente a dieta animalizada, que segundo a filósofa Sônia Felipe:

> é todo alimento obtido dos corpos de animais vivos (leite e laticínios, ovos, mel) ou mortos para essa finalidade (carnes, vísceras, gordura, sangue), onde se usa o corpo e o metabolismo de outros animais, como processadores para pré-digerir gorduras, proteínas, amidos e açúcares e sintetizá-los em matéria comestível, ingerida por humanos em sua rotina alimentar (FELIPE: 2018, p. 23).

Somos sete bilhões de seres humanos, mas todos os anos criamos e abatemos mais de setenta bilhões de animais terrestres e uma quantidade muito maior de animais aquáticos para consumo. Somente no Brasil, são quase seis bilhões de animais terrestres abatidos por ano (IBGE: 2014). Cada um desses animais precisa de determinada quantidade de terra, água, alimento e energia, produz quantidade expressiva de dejetos e emite, direta e indiretamente, poluentes que serão dispersados pelo solo, ar e água (SVB: 2015). [1]

[1] Disponível em: https://www.svb.org.br/livros/comendo_o_planeta.pdf. Acessado em 05 de janeiro de 2021.

A agropecuária está entre as atividades de maior emissão de gases. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem recomendado a mudança para uma dieta sem carnes e laticínios como forma de reduzir o aquecimento global. Os alimentos de origem animal, tanto carnes quanto laticínios, requerem mais recursos e causam mais emissões do que alternativas à base de vegetais. A agropecuária produziu, em 2017, 972 milhões de toneladas de CO2, sendo que a pecuária sozinha gerou 423 milhões de toneladas. Em contrapartida, a agricultura familiar, que produz alimentos diretamente para humanos, produziu 71 milhões de toneladas.[2]

Não se trata somente de CO2 (dióxido de carbono), a agropecuária é responsável também pela emissão de outros gases ainda mais poluentes, como:

> amônia ou NH3, o metano ou CH4, o nitroso N2O, o hexafluoreto de enxofre ou SF6, os hidrofluorcarbonos ou HFCs e os perfluorocarbonos ou PFCs (gases emitidos pela atividade antrópica e controlados pelos acordos climáticos internacionais). Esses gases elevam a temperatura do ar, do solo e dos oceanos. Seus efeitos formam a estufa sob a qual padecem os animais e as plantas no calor das secas e queimadas (fogo), no frio das nevascas (gelo), nas enchentes e avalanches de lamas que se deslocam de modo aterrador e a tudo arrastam (água e terra), e no embate dos furacões e tufões (ar). A dieta onívora devora, irrita e inflama, definitivamente, os elementos que constituem o planeta que habitamos de modo temporário. Quando reagem furiosamente a tantas agressões, é quando eles são, finalmente, notados, com assombro. Entretanto, as águas, o éter, o ar, a terra e o fogo são os residentes originais da Terra. Sem sua acolhida, o condomínio da vida biodiversificada não teria sido possível (FELIPE, 2018, p.10).

Ainda sobre as emissões, oportuno frisar que o ano de 2020 não será demarcado tão somente pela pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 - que colocou em evidência a fragilidade do capitalismo e o risco de enormes consequências globais da criação e consumo de animais - mas também pelo descumprimento dos modestos acordos internacionais de redução de emissões de gases de efeito estufa.

Segundo Marques (2020), a ciência condiciona a possibilidade de estabilizar o aquecimento médio global dentro, ou não muito além, dos limites almejados pelo Acordo de Paris a um fato incontornável: as emissões de CO2 devem atingir seu pico em 2020 e começar a declinar fortemente em seguida. Todavia, 2020 chegou, e na maioria dos casos a ação foi insuficiente ou o progresso

[2] Disponível em: https://noticias.ufsc.br/2019/06/semana-do-meio-ambiente-nossa-dieta-esta-levando-o-planeta-a-ruina/. Acessado em 12 de dezembro de 2020.

foi nulo, em grande parte por culpa dos governos dos EUA, Japão, Austrália e Brasil.

Além deste irracional custo ambiental, esta prática humana de procriar artificialmente animais não-humanos sencientes, confinar, matar, desmembrar e deglutir, foi responsável por 70% das novas doenças que infectam seres humanos desde 1940, segundo relatório emitido em 2013 pela FAO/ONU. Não apenas os animais exóticos e silvestres, como pangolins, civetas e morcegos, mas também aqueles objetificados em animais de produção, como bovinos, suínos e aves.

Tais consequências demonstram que se os repositórios naturais destes vírus são animais não-humanos, a prática de criação e consumo de animais (apropriadíssimas para se produzir epidemias e pandemias) é de escolha política do animal humano, com consequências globais, que precisam ser repensadas com urgência. Até porque não é a primeira vez que uma pandemia (Covid19) é zoonótica, ou seja, iniciada pela transmissão de animal não humano para humano, especialmente pela prática de criação e consumo de animais aliada ao desmatamento, vide a doença da vaca louca, a gripe suína, a gripe aviária, dentre outros. Milhares de humanos e não-humanos tem sofrido as danosas consequências deste modelo industrial de exploração animal e devastação das florestas.

O modelo agropecuário de criação intensiva, com bases antropocêntrico e utilitarista, que instrumentaliza a natureza e seus elementos em nome do desenvolvimento, é gestor de doenças de consequências globais também pelo seu potencial patológico na criação de "monocultivos genéticos", que geram a possibilidade de um vírus ao decifrar o caminho para a infecção de um dos animais conseguir contaminar toda a produção; soma-se a isso o potencial de desenvolvimento de superbactérias causado pela proximidade de criação de inúmeros indivíduos não-humanos, em condições precárias de higiene e com uma alta utilização de antibióticos para controle de zoonoses. Outro fator, principalmente quando se fala do processo agropecuário brasileiro, é a eliminação de boa parte dos ecossistemas para criação de pastos e zonas de monocultura agrícola, o que aproxima de forma descontrolada animais silvestres de centro urbanos e de populações humanas (WALLACE: 2020). Como destaca Silva (2020):

> A baixa variabilidade genética entre os animais produzidos sob confinamento constitui um risco e uma aposta perigosa para a própria agroindústria. Os vírus, que estão em constante mutação, se mostram capazes de desvendar a biologia de aves e porcos e assim abrir caminho para uma infecção. Um novo rearranjo de vírus que tenha sido capaz de abrir caminho da infecção em animais produzidos sob o sistema de monocultivo genético, é capaz de contaminar celeiros, fazendas e regiões inteiras. O sistema é tão crítico que em muitos casos são realizados abates sacrificiais em massa para evitar que um surto incipiente se espalhe por uma região ou até pelo planeta inteiro (SILVA: 2020).

A lógica é cruel: retira-se à força animais sencientes (com inquestionável sofisticação psicológica e cognitiva em muitos graus semelhante àquela encontrada em humanos em idade adulta) de seus habitats naturais e do convívio com os seus e suas memórias, extrai-se os elementos dali comodificados e descarta aqueles que não foram considerados esteticamente consumíveis aos desejos modernizados; confina, desmembra, embala e distribui os fragmentos dos corpos animais, aliado a massivas propagandas que escondem propositalmente o rastro de dor, sofrimento e custo socioambiental desta atividade, vendendo a ideia de um consumo sem culpa ou remorso, criando um consumidor alienado dos processos de produção.

Para Cynthia Schuck Paim & Wladimir J. Alonso, autores do livro "Pandemias, saúde global e escolhas pessoais", escrito no fim de março de 2020, ambos com vasta experiência em epidemiologia, existem muitas formas pelas quais os patógenos podem infectar os seres humanos: ingestão de água contaminada, inalação de poeira de ambientes altamente contaminados (como cavernas), consumo de alimentos contaminados com a saliva de animais infectados ou o contato físico com estes animais. Outra forma importante é através de um vetor - como um mosquito ou carrapato por meio do qual o patógeno passa de um indivíduo para o outro, pertençam eles a mesma espécie ou não. No entanto,

> patógenos que infectam diretamente o ser humano (sem intermediários), e que a partir de um único caso (o "paciente zero") são transmitidos de pessoa a pessoa de forma sustentada, têm maior probabilidade de se tornarem pandêmicos, especialmente se a transmissão ocorrer através de comportamentos habituais como saudações físicas, compartilhamento de objetos, proximidade física ou sexo. E aqui chegamos então a uma outra rota que tem sido particularmente importante em pandemias recentes: o consumo de animais silvestres. (ALONSO e PAIM: 2020, p. 13).

Importante destacar que não é somente nos mercados molhados, como o de Wuhan, na China, onde se mantém animais silvestres e domesticados em

condições insalubres e cruéis, que se encontram condições propícias ao desenvolvimento de patógenos nocivos, pois, se levarmos em consideração somente o coronavírus (nas suas variadas formas), tem-se a floresta amazônica brasileira como o maior repositório do mundo.

Não é tanto o consumo de um animal já cozido que é perigoso, mas o processo de caça, manipulação, limpeza e corte do animal antes do consumo. Nesta atividade literalmente sangrenta há muitas oportunidades de exposição direta de tecidos humanos (como ferimentos na pele, mucosas) aos patógenos que podem estar presentes, por exemplo, no sangue do animal. Também é possível a contaminação cruzada de outros alimentos com os fluidos corporais do animal infectado (ALONSO, PAIM: 2020. p. 13).

Agora, imagine esta prática sangrenta não mais circunscrita a pequenas aldeias e não para satisfazer necessidades básicas de sobrevivência, mas sim em escala global para o consumo muita das vezes supérfluo de bilhões de seres humanos? Quantas pessoas são necessárias para esta produção global que terão contato direto com patógenos? Quantos animais não-humanos terão suas vidas ceifadas? Com qual custo ambiental e sanitário?

Noutro trabalho, escrevemos sobre como a atual pandemia colocou em evidência a relação intrínseca entre exploração animal humana e não-humana, devido ao elevado número de trabalhadores contaminados pelo COVID-19 no setor de frigoríficos, já conhecido pela precarização do trabalho. Isto reforça como que a lógica capitalista se sustenta na exploração, adoecimento e morte de animais humanos e não-humanos. Em contrapartida, a ética vegana intersecional aponta a necessidade da luta pelo fim das diversas opressões e rompimento com o modelo capitalista e especista da modernidade. Tal aporte teórico, propõem novos caminhos, não-antropocêntricos, um novo pacto da humanidade com a natureza.[3]

Notadamente, essa lógica aqui questionada passa por uma percepção objetificada dos seres humanos em relação aos animais, já tendo sido defendido historicamente que os seres não humanos não têm linguagem, não têm inteligência, não pensam, não sentem, tal como afirmou René Descartes (1596 – 1650) em sua teoria do animal-máquina, para a qual os animais são máquinas, autômatos, tal como um relógio, isto é, agem automaticamente.

[3] Link de acesso ao artigo PANDEMIA E EXPLORAÇÃO ANIMAL: HUMANA E NÃO HUMANA: https://www.even3.com.br/anais/coninter2020/298812-pandemia-e-exploracao-animal--humana-e-nao-humana/

As nocivas consequências desta objetificação pode ser observada no seguinte destaque de Cynthia S. Paim e Wladimir J. Alonso:

> "Em nossas interações com os animais selvagens, domésticos, de fazenda e comensais, patógenos de origem animal hoje bem conhecidos foram importados: do consumo de carcaças abandonadas e da caça importamos as tênias e, provavelmente, a hepatite e a poliomielite através da caça e consumo dos nossos parentes mais próximos, os primatas. Os animais de companhia nos trouxeram a raiva. Do contato com animais de fazenda importamos o sarampo, a Salmonella, a varíola (talvez a doença mais terrível que já existiu, e que afortunadamente foi erradicada quarenta anos atrás) e o antrax (que se tornou famoso por seu possível uso como arma biológica); os comensais nos trouxeram a peste bubônica, a hantavirose e o tifo epidêmico. Naturalmente, o contrário também é verdade: muitas doenças infecciosas humanas também podem ser transmitidas aos animais." (ALONSO, PAIM: 2020, p. 56).

Ressalte-se que com o início da criação e domesticação de animais há cerca de 10.000 anos, doenças infecciosas como sarampo, varíola, febre tifoide, poliomielite, gripe, entre outras começaram a circular entre os humanos. Por exemplo, a domesticação e criação de patos trouxe o vírus da gripe, o influenza. Antes disto não havia gripe entre humanos. O vírus era inofensivo nos intestinos dos patos onde crescia e se espalhava em meio aquoso – nos lagos onde os patos viviam. À medida que os patos foram retirados à força de seu habitat e obrigados a viver em terra com outros tipos de aves terrestres, o vírus se viu em um meio hostil, não tendo mais o líquido abundante para se espalhar como antes.

Os citados autores Cynthia e Wladimir destacam que os mercados úmidos, como aquele de Wuhan, na China, propiciam doenças não só pela grande diversidade de espécies vendidas, mas também a forma como os animais são expostos para a venda, e abatidos na hora a pedido do cliente.

> Mantidos em gaiolas e estandes pequenos, ficam amontoados em espaços mínimos, em pilhas e prateleiras, onde os níveis mais baixos são constantemente encharcados com excrementos oriundos dos andares de cima. Animais selvagens (como tartarugas, lontras, ouriços, civetas, texugos, cobras, morcegos e pangolins) podem até ter sido capturados da natureza, mas geralmente são criados em fazendas de empresas familiares. Muitos patologistas e virologistas já haviam notificado governos e autoridades sobre os perigos à saúde pública que esses locais representam. A mistura frequente de uma alta diversidade de patógenos de espécies selvagens e domésticas, em um ambiente de estresse agudo para animais mantidos em condições sanitárias precárias, onde hospedeiros de várias espécies se encontram, criam as condições ideais para o surgimento de novos patógenos que podem infectar seres humanos, seja através de uma ferida aberta, da contaminação

> cruzada de outros alimentos, ou pelo ar, através da aerossolização de material orgânico. (ALONSO, PAIM: 2020, p. 16).

Para Rob Wallace, epidemiologista e autor do livro "Pandemia e Agronegócio", há fortes evidências de que a pecuária e a avicultura intensiva estão na origem de muitas pandemias. A dispersão para outros países ocorre devido ao alcance geográfico da cadeia de *commodities* do setor, que se espalha por todos os continentes. O autor utiliza a categoria "doenças agrícolas" para se referir a doenças que atingem animais e plantações industrializadas e geneticamente modificadas. Nesse cenário, os benefícios de curto prazo para a eficiência produtiva e distributiva do agronegócio surgem apenas por meio de uma série de subsídios e de altos custos para as populações locais e para o meio ambiente de forma geral.[4] Destaca o autor:

> as grandes corporações do setor de alimentos, as chamas Big Foods, estabelecem uma aliança estratégica com o *influenza*, ou seja, são as principais responsáveis pelo vírus e, ao mesmo tempo, lucram com ele. O autor destaca que o agronegócio tem transferido suas empresas para o Sul global, para otimizar seus lucros, já que a região tem custo baixo da mão de obra de trabalho e dos preços das terras. Ele exemplifica, de forma clara, as estratégias corporativas do setor. "...o Grupo CP, da Tailândia, hoje o quarto maior produtor de aves do mundo, opera indústrias avícolas na Turquia, na China, na Malásia, na Indonésia e nos Estados Unidos. Possui fazendas de ração na Índia, na China, na Indonésia e no Vietnã" (p. 61). Com a estratégia de distribuição de plantas industriais ao redor do mundo, o surto pandêmico iniciado em uma fábrica pode ser lucrativo para as demais plantas: "Quando ocorreu um surto de gripe aviária em uma fazenda operada pelo Grupo CP na província de Heilongjiang, o Japão proibiu a importação de aves da China. As fábricas da CP na Tailândia conseguiram aproveitar a brecha e aumentaram as exportações para o Japão" (p. 61). Em outras palavras, a empresa lucrou com um surto que ela mesmo criou (OLIVEIRA: 2020).

Wallace (2020) propõe mudanças radicais no modelo do agronegócio que trata a comida como mercadoria, característica típica do capitalismo, que mercantiliza a Natureza. Nas palavras do autor, "Há uma ampla capacidade de produção de alimentos, mesmo com uma população crescente, se tratarmos a comida como fonte de nutrição ecologicamente integrada e não apenas como mercadoria" (p. 355).

---

[4] ARTIGO de Daniel Coelho de Oliveira, chamado Alimentação, agronegócio e pandemia: um debate para o tempo presente. Disponível em: http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/pages/iframe_print.php?aid=1249. Acessado em 10 de janeiro de 2020.

Para Silva (2020), em ótima resenha realizada sobre o livro em comento, Rob Wallace faz questão de relacionar o surgimento da COVID-19 com outras pandemias, como a peste suína africana, os ebolas, a febre aftosa, a hepatite E, as variantes do *influenza* A, entre outras. Os surtos não seriam resultados de má sorte. De alguma forma, todos estariam ligados, direta e indiretamente, às transformações na produção ou no uso do solo associado à agricultura intensiva, que por meio do comércio global as cepas podem ser exportadas para todos os continentes. Em suma:

> "...tanto a pecuária quanto a agricultura impulsiona o desmatamento e os empreendimentos que aumentaram a taxa e o alcance taxonômico do transbordamento de patógenos: dos animais selvagens para os da pecuária e, destes, para os trabalhadores do setor" (WALLACE: 2020. p. 527).

Wallace (2020) defende que doenças infecciosas são viabilizadas pelo seu contexto, ou seja, a pandemia do COVID19 não irrompeu de repente e sem avisos, mas sim foi produzida pelo modo de operar do agronegócio. E na mesma linha das propostas disruptivas apresentadas neste trabalho ao modelo antropocêntrico e utilitarista da modernidade, o autor ressalta que devemos adotar muitas das práticas cotidianas de povos indígenas e dos pequenos agricultores.

Se, por um lado, o desmatamento e a expansão do agronegócio brasileiro avançam em direção à Amazônia, ao Pantanal e ao Cerrado, por outro, temos povos indígenas, comunidades remanescentes de quilombos, seringueiros, ribeirinhos, geraizeiros, ou seja, um conjunto amplo de povos que vivem em "terras tradicionalmente ocupadas", grupos que expressam uma diversidade de formas de existência coletiva e de relações com os recursos da Natureza extremamente equilibrada (OLIVEIRA, 2020).

Assim, se faz necessário apostar em epistemologias críticas às concepções dominantes de modernidade desenvolvimentista e ao modelo jurídico colonial. Entre essas, o direito se positiva com novas ferramentas como Direito Animal e o Direito da Natureza. E seu melhor exemplo macropolítico é o Novo Constitucionalismo Latino-Americano que, fundado nos princípios da participação pluralista, solidária e ativa, não excludente de pessoas, grupos ou povos, encampa também as perspectivas dos seres não-humanos, através de modelos constitucionais disruptivos que visam fazer valer os interesses da natureza e dos animais não-humanos.

Acreditamos que as críticas à face colonial da modernidade e do Direito canônico positivista e imperativista, a partir de saberes e cosmovisões do Sul que foram subalternizadas e silenciadas historicamente, resultando num colapso ambiental sem precedentes e na atual pandemia que já ceifou inúmeras vidas humanas e não-humanas, contribuem para se trilhar novos caminhos, não-antropocêntricos.

2. O governo Bolsonaro e o desmonte ambiental

É justamente nesse cenário apocalíptico, em que não é mais possível postergar decisões que afetarão crucialmente a habitabilidade do planeta, que surge o governo Bolsonaro, cujos discursos ainda em tempo de campanha eleitoral já se alinhavam totalmente aos ideais utilitaristas e extrativistas, onde a Natureza é vista como um grande balcão de negócios.

O ministro do meio ambiente, Ricardo Salles, na reunião ministerial de 22 de abril (cuja gravação foi tornada pública em maio de 2020 por ordem do Supremo Tribunal Federal) afirmou que deveriam aproveitar a pandemia para "*ir passando a boiada*". Nada resume melhor o plano de desmonte ambiental e racionalidade antropocêntrica criticada neste trabalho do que as palavras do próprio ministro, na íntegra:

> A oportunidade que nós temos, que a imprensa tá nos dando um pouco de alívio nos outros temas, é passar as reformas infralegais de desregulamentação, simplificação, todas as reformas, que o mundo inteiro... nessas viagens [a] que se referiu o Onyx [Lorenzoni] certamente cobrou dele, cobrou do Paulo [Guedes], cobrou da Teresa [Cristina], do Tarcísio [de Freitas], cobrou de todo mundo... da segurança jurídica, da previsibilidade, da simplificação, GRANDE PARTE DESSA MATÉRIA SE DÁ EM PORTARIAS E NORMAS DOS MINISTÉRIOS QUE AQUI ESTÃO, INCLUSIVE O DE MEIO AMBIENTE. E que são muito difíceis, e nesse aspecto eu acho que o Meio Ambiente é o mais difícil de passar qualquer mudança infralegal em termos de instrução normativa ou portaria, porque TUDO QUE A GENTE FAZ É PAU NO JUDICIÁRIO NO DIA SEGUINTE. Então PRA ISSO PRECISA TER UM ESFORÇO NOSSO AQUI, ENQUANTO ESTAMOS NESSE MOMENTO DE TRANQUILIDADE NO ASPECTO DE COBERTURA DE IMPRENSA, PORQUE SÓ SE FALA DE COVID, E IR PASSANDO A BOIADA. E ir mudando todo o regramento. E simplificando normas, de Iphan, de Ministério da Agricultura, de Ministério do Meio Ambiente, de ministério disso, de ministério daquilo. AGORA É HORA DE UNIR ESFORÇOS PRA DAR DE BACIADA A SIMPLIFICAÇÃO

> REGULATÓRIA QUE NÓS PRECISAMOS EM TODOS OS ASPECTOS. E deixar a AGU... o André (Mendonça) não tá aí, né? E DEIXAR A AGU DE STAND-BY PRA CADA PAU QUE TIVER, PORQUE VAI TER, essa semana mesmo nós assinamos uma medida a pedido do Ministério da Agricultura, que foi a simplificação da Lei da Mata Atlântica para usar o Código Florestal, hoje já tá nos jornais dizendo que vão entrar com ações judiciais e Ação Civil Pública no Brasil inteiro contra a medida. Então pra isso nós temos de estar com a artilharia da AGU preparada para cada linha que a gente avança ter uma coisa. Mas tem uma lista enorme em todos os ministérios que têm papel regulatório pra simplificar. NÃO PRECISAMOS DE CONGRESSO. Porque coisa que precisa de Congresso também, nesse fuzuê que tá aí, nós não vamos conseguir aprovar. AGORA, TEM UM MONTE DE COISA QUE É SÓ PARECER, CANETA, PARECER, CANETA. Sem parecer também não tem caneta, porque dar canetada sem parecer é cana. Isso aí vale muito a pena." (grifos nossos). [5]

A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, foi acelerada pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro (conforme dados a seguir), o que gera condições propícias para que o país seja o foco das próximas pandemias zoonóticas. Isto porque não é somente nos mercados molhados, como o de Wuhan, na China, onde se mantém animais silvestres e domesticados em condições insalubres e cruéis, que se encontram condições propícias ao desenvolvimento de patógenos nocivos, pois, segundo Lapola (2020), se levarmos em consideração somente o coronavírus (nas suas variadas formas), tem-se a floresta amazônica brasileira como o maior repositório do mundo.

A eliminação de boa parte dos ecossistemas para criação de pastos e zonas de monocultura agrícola, aproxima de forma descontrolada animais silvestres de centro urbanos e de populações humanas (WALLACE, 2020). A destruição das florestas aumenta o risco de seres humanos entrarem em contato com animais hospedeiros de vírus que podem causar doenças desconhecidas, como a Covid-19.

[5] Disponível no relatório do Observatório do Clima, neste link: http://www.observatoriodoclima.eco.br/orcamento-meio-ambiente-e-o-menor-em-21-anos/. Acessado em 25 de janeiro de 2021.

A bióloga Paula Prist, do Laboratório de Ecologia da Paisagem e Conservação da Universidade de São Paulo (USP), narra que "pode-se dizer que todas (zoonoses) se deram em razão da degradação do meio ambiente". [6]

No dia 22 de janeiro de 2021, o Observatório do Clima lançou o relatório "Passando a Boiada", [7]que analisa o segundo ano de desmonte ambiental do governo de Jair Bolsonaro, com dados de 2020. E mostra que as promessas feitas pelo atual presidente na campanha eleitoral de 2018 — de acabar com o ativismo ambiental e fechar o Ministério do Meio Ambiente (MMA) estão sendo cumpridas à risca. Abaixo, destaques do relatório:

- Análise histórica de todo o orçamento disponível (obrigatório e discricionário) para a área ambiental (MMA e entidades vinculadas) revela que os gastos previstos para 2021 (R$ 1,72 bilhão) são os menores em duas décadas.
- Análise do Ploa (Projeto de Lei Orçamentária Anual) encaminhado pelo governo ao Congresso mostra queda de 27,4% no orçamento federal para fiscalização ambiental e combate a incêndios florestais na comparação com o que foi autorizado em 2020. A queda é maior em relação a 2019: 34,5%.
- O orçamento proposto para 2021 reafirma a estratégia da atual gestão de continuar sufocando a fiscalização do Ibama e, na prática, acabar com o ICMBio: houve corte de 61,5% dos recursos previstos especificamente para criação e gestão de unidades de conservação na comparação com o orçamento autorizado em 2018.
- O total de multas aplicadas pelo Ibama em 2020 também foi o menor em duas décadas: houve queda de 20% na comparação com o ano anterior e de 35% em relação a 2018 (governo Temer).
- O novo aumento do desmatamento — 9,5% em 2020, depois de ter subido 34% em 2019 — coincide com uma queda de 42% das multas por infrações contra a flora nos nove Estados da Amazônia Legal.
- O discurso antiindígena repercutiu no campo, especialmente na Amazônia: as invasões de terras indígenas cresceram 135% em 2019. Foram registrados 256 casos, segundo o Conselho Indigenista Missionário.

[6] Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/da-floresta-para-as-cidades/. Acessado em 31 de janeiro de 2021.

[7] Disponível no relatório do Observatório do Clima, neste link: http://www.observatoriodoclima.eco.br/orcamento-meio-ambiente-e-o-menor-em-21-anos/. Acessado em 25 de janeiro de 2021.

- Pelo menos 18 pessoas foram assassinadas em conflitos no campo em 2020, de acordo com levantamento da Comissão Pastoral da Terra.

Dessa forma, se já não bastasse o desmonte ambiental nos dois primeiros anos de governo, o orçamento proposto pelo governo para o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e órgãos vinculados para 2021 é o mais baixo desde o fim do século passado, o que abre campo para que conhecidas e desconhecidas zoonoses se alastrem entre humanos.

Pinto (2020) compara que todos os nove Estados da Amazônia Legal sofreram incremento do desmatamento entre 2018 e 2019. Em 2020, três desses Estados registraram recorde no aumento das derrubadas de floresta desde 2008. Esses números podem indicar que o crescimento da destruição das florestas amazônicas deverá continuar pelos próximos dois anos, até o final do mandato do presidente Jair Bolsonaro. O autor apresenta alguns números:[8]

> Em 2018 o Pará perdeu mais 2.668 quilômetros quadrados de floresta nativa. No ano passado (2019), essa perda subiu para 4.462 km2. Em Mato Grosso, o 2º do ranking, a destruição passou de 1.363 para 1.780 km2 no mesmo período. A relação foi de 1.062 para 1.556 km2 no Amazonas; de 1.225 para 1.400 em Rondônia; de 461 para 706 no Acre; de 129 para 543 em Roraima; de 92 para 188 no Maranhão; de 23 para 39 no Amapá; e de 6,65 para 9,95 km2 no Tocantins. A soma desse incremento em 2018 foi de 6.233 km2. Em 2019, 10.162 km2 (PINTO: 2020).

Os acréscimos de desmatamento refletem as palavras de ordem do presidente Jair Bolsonaro e do seu ministro Ricardo Salles. Pinto (2020) destaca uma preocupação mais aguda com o Amazonas, o maior Estado da federação, com quase 20% da área do Brasil. Os incrementos de derrubadas em oito anos, de 2008 a 2015, somaram 3.893 km2. Em quatro anos, entre 2016 e 2019, o total foi de 4.559 km2. Nesses últimos quatro anos, a média esteve sempre acima de mil quilômetros quadrados. Pela primeira vez na história amazonense. Com isso, o Amazonas, que até os anos 1990 estava livre dessa ameaça, se tornou o quarto mais desflorestado, atrás apenas de Pará, Mato Grosso e Rondônia. E conclui que "a floresta amazônica está mais ameaçada do que nunca".

[8] Disponível no site Amazônia Real, neste link: https://amazoniareal.com.br/bolsonaro-ameaca-floresta/#:~:text=Todos%20os%20nove%20Estados%20da,derrubadas%20de%20floresta%20desde%202008.&text=A%20soma%20desse%20incremento%20em,Em%202019%2C%2010.162%20km2. Acessado em 15 de dezembro de 2020.

Dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), apontaram que de 1 de janeiro a 30 de junho de 2020, 3.070 quilômetros quadrados de floresta foram desmatados da Amazônia Legal, 26% a mais do que no mesmo período de 2019. Os números referem-se aos 11.822 alertas de desmatamento nos primeiros seis meses do ano. Somente em junho, foram desmatados 1.034 km2, uma área 11% superior a junho de 2019. Afirma a WWF-Brasil que é o pior resultado para o primeiro semestre no mínimo da última década. É ainda o segundo ano consecutivo de aumento do desmatamento na floresta desde a posse de Jair Bolsonaro, eleito com um discurso que acenava para madeireiros, grileiros e garimpeiros, principais agentes do desmatamento na Amazônia.[9]

Por fim, em nove de outubro de 2020, o Inpe divulgou o dado de alertas de desmatamento de setembro. A conclusão é que se trata do segundo pior da série histórica do sistema de monitoramento Deter-B, com 964 km2, perdendo apenas para setembro de 2019, que teve 1.543 km2 devastados.

Esse cenário grave, torna possível, dentre outras consequências, que o Brasil se torne o gestor de uma nova pandemia, tendo em vista a conjugação de condições especiais para que isso ocorra.

CONCLUSÃO

Não devemos nos resignar a viver sob a ameaça constante de pandemias altamente patogênicas e apenas trabalhar para remediar seus efeitos. É preciso radicalizar, no sentido de ir à raiz do problema: as práticas predatórias do agronegócio, da pecuária intensiva, da indústria capitalista, sustentadas pelo racionalismo técnico-científico da modernidade que em sua projeção desenvolvimentista deu lugar a uma razão calculadora que transformou o mundo natural em cifras, números, *commodities*, atribuindo uma inferiorização radical aos animais não-humanos e devastando as florestas, fatores que estão na base do colapso socioambiental da modernidade e que, até mesmo, viabilizaram o surgimento de epidemias e pandemias, como a do COVID-19.

Já existe uma epistemologia crítica às concepções hegemônicas da modernidade, que por meio de perspectivas decoloniais e de modelos

[9] Disponível em: https://bit.ly/wwfamazônialegalperdemaisde3milkm2deflorestanoprimeirosemestrede2020. Acessado em 14 de julho de 2020.

constitucionais disruptivos latino-americanos, visam fazer valer os interesses da natureza e dos animais humanos e não-humanos, num formato não-antropocêntrico. Os Direitos da Natureza, oriundo de resistências centenárias de populações indígenas, são exemplos de como deter a destruição do meio ambiente, com seus conceitos de *Pachamama* e *Buen vivir*. O Direito Animal, que visa reconhecer que os animais não-humanos sencientes são seres importantes por si próprios, numa ótica biocêntrica, contribuem para o desenvolvimento da dignidade para além da humana. As perspectivas do Pós-Extrativismo e do Decrescimento, são também alternativas de saída do labirinto capitalista e, consequentemente, de combate a novas pandemias. Assim como a ética vegana, que ajuda a perceber a relação intrínseca entre opressão humana e não-humana e a repensar a dieta animalizada que está na base da proliferação de epidemias e pandemias e no colapso ambiental.

Todavia, num momento em que se exige mudanças vigorosas em combate ao colapso ambiental, quando não é mais possível postergar decisões que afetarão crucialmente a habitabilidade do planeta, o Brasil, governado por Jair Bolsonaro, promoveu um desmonte ambiental e aceleramento da perda florestal já nos dois primeiros anos de governo, propondo ainda o menor orçamento dos últimos vinte anos para o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e órgãos vinculados para 2021, o que torna possível que o país seja gestor da próxima pandemia.

Na ausência de uma reação política vigorosa, a pandemia pode acelerar ainda mais a degradação ambiental, sendo necessária, conforme dispõe Bruno Latour, uma posição revolucionária apta a modificar o conjunto dos elementos que envolveram o processo de modernização da sociedade, um caminho que consiste em "ecologizar", no sentido amplo de construir uma política que reconheça que não separamos as questões da Natureza e da Cultura.

Se faz necessário um novo pacto que permita a existência do humano na natureza, reconhecendo inclusive que o ser humano não é único em ter direitos e que, como ensinam as concepções indígenas, as montanhas, os rios, as árvores e os animais são também nossos parentes.

REFEFÊNCIAS

ACOSTA, Acosta; BRAND, Ulrich. (Org). Pós-Extrativismo E Decrescimento: Saídas Do Labirinto Capitalista. São Paulo: Editora Elefante, 2018.

ATAIDE JUNIOR. Vicente. Princípios do Direito Animal Brasileiro. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.106 -136, Jan-Jun 2020.

DUSSEL, Enrique. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, p. 25–34, 2005.

FELIPE, Sônia T. Carnelatria: escolha omnix vorax mortal. Ecoânima, 2015.

GUDYNAS, Eduardo. Direitos da natureza. Ética biocêntrica e políticas ambientais. São Paulo: Editora Elefante, 2020.

KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo. 2ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2020.

LAPOLA, David. Futuras pandemia poderão começar no Brasil. Em: Folha de São Paulo (online). Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/05/futuras-pandemias-poderao-comecar-no-brasil.shtml. Acesso em: 12 de dezembro. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga. Qual o valor da natureza? Uma introdução à ética ambiental. São Paulo: Editora Elefante, 2019.

OLIVEIRA, Daniel Coelho de. Alimentação, agronegócio e pandemia: um debate para o tempo presente. Disponível em: http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/pages/iframe_print.php?aid=1249. Acessado em 10 de janeiro de 2020.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da Colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico. Belo Horizonte: autêntica, p.27-54, 2018.

MARQUES, Luiz. A pandemia incide no ano mais importante da história da humanidade. Serão as próximas zoonoses gestadas no Brasil? Em: Portal Unicamp. "Disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp//index.php/noticias/2020/05/05/pandemia-incide-no-ano-mais-importante-da-historia-da-humanidade-serao-proximas. Acesso em 10 de novembro de 2020.

MORIN, Edgar. 1999. Ciência com consciência. Tradução de Maria D. alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 3ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

PAIM, Cynthia Schuck Paim; ALONSO, Wladimir J. Pandemias, saúde global e escolhas pessoais. Alfenas: Cria Editora, 2020.

ROCHA, Jailson José Gomes da. **Direito animal latino-americano: uma experiência decolonial**. Tese (Doutorado). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2019.

SILVA, Allan Rodrigo de Campos. Resenha: Pandemia e agronegócio: doenças infecciosas, capitalismo e ciência, de Rob Wallace. Revista NERA, v. 23, n. 55, p. 427-431, set.-dez., 2020.

WALLACE, Rob. Pandemia e agronegócio: doenças infecciosas, capitalismo e ciência. Tradução: Allan Rodrigo de Campos Silva. Editora Elefante & Igrá Kniga, São Paulo, 2020.

ECONOMIA CIRCULAR À MODA BRASILEIRA: um estudo exploratório a partir da interface entre economia circular e bem viver

Marcos Paulo Marques Araújo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Advogado
Rio de Janeiro, Brasil,
mpmarquesaraujo@gmail.com

Resumo: O modelo de economia linear se fundamenta no crescimento econômico ilimitado que tensiona os limites de resiliência planetária. Em resposta, destaca-se a economia circular que propõe um crescimento econômico dissociado do uso de recursos finitos sem geração de contaminantes. Todavia, o modelo circular não abarca os aspectos marcantes dos países latino-americanos. Faz-se necessário criar uma interface com as escolas de pensamento da América Latina, dentre elas, o Bem Viver, que propõe uma transformação civilizatória biocêntrica, que refunde a relação do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza pautada nos Direitos Humanos e da Natureza. A partir do diálogo da economia circular com o Bem Viver, pode-se propor a formação de uma "*economia circular à moda brasileira*". Com efeito, o presente artigo tem por objetivo examinar a interface da economia circular com o Bem Viver, a fim de aferir a interseção entre estas escolas para propor reflexões para a construção da "*economia circular à moda brasileira*". Esta pesquisa se justifica pelo ineditismo do tema, e a pretensão de o Governo federal formalizar termo de compromisso para introduzir a economia circular no país. Em relação à metodologia, promoveu-se uma revisão bibliográfica do tema, que, dado o seu ineditismo, ainda são poucos os artigos e livros disponíveis. O artigo foi estruturado em 5 (cinco) capítulos que tratam da economia linear e seu esgotamento, da economia circular e o início da sua transição no Brasil, do Bem Viver, da aproximação e afastamento da economia circular com o Bem Viver e, por fim, da "*economia circular à moda brasileira*". À título de conclusão, acredita-se que as reflexões sobre a "*economia circular à moda brasileira*" podem contribuir para o debate da transformação da sociedade e do Estado nacional a partir da convivência harmoniosa do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza segundo os Direitos Humanos e os Direitos da Natureza, e da superação do modelo linear a partir da reorganização produtiva com reaproveitamento dos artefatos como regra geral. Este é o desafio do trabalho.

Palavras-chave: Economia Linear; Economia Circular; União Europeia; Bem Viver; Brasil

Abstract: The linear economy model is based on unlimited economic growth that strains the limits of planetary resilience. In response, the circular economy stands

out, which proposes economic growth decoupled from the use of finite resources without generating contaminants. However, the circular model does not cover the striking aspects of Latin American countries. It is necessary to create an interface with the schools of thought in Latin America, among them, Bem Viver, which proposes a biocentric civilizing transformation, which refuses man's relationship with himself, with the community and with Nature based on Human Rights and from nature. From the dialogue between the circular economy and Bem Viver, it is possible to propose the formation of a "*circular economy in the brazilian way*". In effect, this article aims to examine the interface of the circular economy with Bem Viver, in order to assess the intersection between these schools to propose reflections for the construction of the "*circular economy in the brazilian way*". This research is justified by the novelty of the theme, and the intention of the Federal Government to formalize a commitment term to introduce the circular economy in the country. Regarding the methodology, a bibliographic review of the theme was promoted, which, given its originality, there are still few articles and books available. The article was structured in 5 (five) chapters that deal with the linear economy and its exhaustion, the circular economy and the beginning of its transition in Brazil, Bem Viver, the approach and removal of the circular economy with Bem Viver and, finally , from the "circular economy in the brazilian way". In conclusion, it is believed that reflections on the "*circular economy in the brazilian way*" can contribute to the debate on the transformation of society and the national state from the harmonious coexistence of man with himself, with the community and with Nature according to Human Rights and Nature Rights, as well as overcoming the linear model from the productive reorganization with reuse of artifacts as a general rule. This is the challenge of the present work.

Key-Words: Linear Economic; Circular Economic; European Union; Bem Viver; Brazil

INTRODUÇÃO

O ciclo produtivo pautado na economia linear se fundamenta na ideia de crescimento econômico ilimitado com exploração sem limites de recursos naturais finitos, e, por isso, já ultrapassou, em muito, os limites ecológicos e de resiliência do planeta.

A continuidade deste modelo pode, e deve ser revista, sob pena de toda a humanidade pagar um alto preço por esta omissão; o que, aliás, já está acontecendo. A geração sem precedentes de resíduos sólidos pós-consumo de embalagens em geral provoca uma grave crise ambiental com sério comprometimento da saúde da população.

No intuito de superar este modelo, algumas soluções estão em discussões, dentre elas, a economia circular, que busca promover o crescimento econômico dissociado do uso de recursos naturais finitos e, portanto, da geração de impactos ambientais. Trata-se, assim, de modelo econômico que o ciclo produtivo funciona de forma integrada com o sistema ecológico do planeta.

Nesta quadra atual, o Governo federal submeteu à consulta pública, no segundo semestre de 2020, o Termo de Compromisso para Implementação de Ações Voltadas à Economia Circular e Logística Reversa de Embalagens em Geral, a fim de introduzir a economia circular no país. Este Termo de Compromisso foi alvo de crítica pelos órgãos de controle institucionais dada a ausência de materialização do sistema de logística reversa de embalagens em geral, e ainda não restou formalizado.

Em que pese a pretensão do Governo federal, a economia circular, cujas raízes são europeias, não dialoga, a princípio, com os diversos aspectos que distinguem e marcam os países periféricos da América Latina. Com efeito, a transição para este ciclo produtivo vai pressupor uma interface com escolas de pensamento de raízes latino-americanas.

Destaca-se, dentre todas, o Bem Viver, que calcado em valores culturais dos povos e das nacionalidades indígenas andinos e dos povos indígenas guaranis brasileiros, propõe uma transformação civilizatória biocêntrica, que refunde a relação do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza pautada nos Direitos Humanos e da Natureza, sem prejuízo de preconizar uma economia pós-extrativista que se divorcia da exploração mercantilista da natureza.

A partir da interface da economia circular com o Bem Viver, propõe-se uma reflexão para a construção de uma "*economia circular à moda brasileira*", que proporcione não só a transformação da sociedade e do Estado nacional a partir da convivência harmoniosa do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza segundo os Direitos Humanos e os Direitos da Natureza, assim como da superação do modelo linear extrativista de globalização policêntrico a partir da reorganização produtiva com reaproveitamento dos artefatos como regra geral.

Assim sendo, o presente artigo tem por objetivo examinar a aproximação e o afastamento da economia circular com o Bem Viver, a fim de aferir se há interface entre estas escolas, e, em caso positivo, como poderá contribuir para as reflexões para a construção da "*economia circular à moda brasileira*".

A presente pesquisa se justifica não só pelo ineditismo do tema, mas também pela pretensão de Governo federal formalizar Termo de Compromisso para Implementação de Ações Voltadas à Economia Circular e Logística Reversa de Embalagens em Geral para introduzir a economia circular voltada para as embalagens em geral no país.

No tocante à metodologia, promoveu-se uma revisão bibliográfica do tema, que, dado o seu ineditismo, ainda são poucos os artigos e livros disponíveis

Espera-se que os resultados a serem obtidos com o presente trabalho sejam profícuos, e possam contribuir para o debate do processo de transição para economia circular na América Latina, e, assim, fomentar aproximação com as escolas de pensamento latino-americanas com vista à formação de uma economia circular compatível com a realidade desta região. Este é o desafio do presente trabalho.

1. ECONOMIA LINEAR E SEU ESGOTAMENTO

A noção de economia linear se confunde com o modelo econômico industrial, cujo florescimento ocorreu a partir da Revolução Industrial. Todavia, defende-se, sob o viés da globalização, que este ciclo produtivo linear teve seu embrião na Era do Imperialismo, que inaugurou um modelo econômico mercantilista expropriatório voltado para a exploração de recursos naturais e subjugação dos povos colonizados pela via bélica e cultural, e, guardadas as devidas proporções, perdura até os dias atuais, notadamente perante os países colonizados, que, hoje, são periféricos, e continuam em sua posição passiva de fornecedores de commoditties para os países ricos (SANTOS, 2015, p. 29).

A economia linear, portanto, segue, nos dias atuais, pautada, especialmente, pelo uso da matriz energética fóssil e sofre ampliação por meio do processo de globalização policêntrica, que, por sua vez, não se restringe à lógica do mercado, e adentra em outras áreas, como, por exemplo, ciência, cultura, tecnologia, saúde, área militar, transporte, turismo, esporte, e, em menor escala, política, legislação e assistência social (TEUBNER, 2008, p. 329).

O modelo de economia linear se fundamenta no ciclo de produção, consumo e descarte. Ou seja, promove-se, inicialmente, a intensa extração de recursos naturais virgens, que, por sua vez, são processados e transformados em artefatos a partir do ciclo produtivo. Por conseguinte, os artefatos são postos à

venda para consumo dos consumidores. Ao final da vida útil destes artefatos, operar-se o descarte na forma de resíduos sólidos, que, em regra, não são reaproveitados como matéria-prima secundária no ciclo produtivo.

E, o manejo inadequado de resíduos sólidos tem consequências diretas no espaço urbano, posto que a falta de prestação desse serviço ou sua insuficiência não contribuem para a expansão urbana. A destinação inadequada de resíduos deteriora e fomenta a degradação da área urbana com impactos negativos de toda a sorte para os seus moradores (PINTO, 2010, p.176/177).

Da mesma forma, a gestão inadequada de resíduos sólidos vai ter impacto direto no ambiente natural, inclusos os recursos hídricos, e, ainda, na saúde da população, que pode contrair doenças a partir dos vetores encontrados nos resíduos, como, por exemplo, a chikungunya transmitida pelo aedes aegypti. Em outras palavras, o manejo inadequado de resíduos contribui para a "contaminação de mananciais, curso de água e solos, para o assoreamento dos rios, para as inundações e, consequentemente, para a formação de ambientes propícios à proliferação de agentes transmissores de diversas doenças, aumentando a incidência desta na população" (SAIANI E TONETO JÚNIOR, 2014, p. 46).

Na prática, as doenças geradas a partir de vetores encontrados nos resíduos sólidos resultam no comprometimento laboral dos trabalhadores, que ou ficam debilitados e afastados dos seus postos ou deixam de atingir a produtividade e a produção estimada. As crianças também são afetadas por estas doenças, que não só podem comprometer o desenvolvimento de suas capacidades cognitivas, mas também acarretam a baixa frequência na escola com o estímulo à evasão escolar (SAIANI E TONETO JÚNIOR, 2014, p. 46).

Indo mais adiante, o ciclo linear se pauta na ideia de crescimento econômico ilimitado com exploração sem limites dos recursos naturais finitos do planeta, estabelecendo-se, assim, uma estreita correlação entre o progresso econômico e o uso dos recursos naturais disponíveis. Contudo, a valoração deste progresso com a geração de bem-estar é feita a partir e em conformidade com o crescimento econômico. Daí porque, a metragem da pujança econômica de cada país é feita segundo o seu produto interno bruto (PIB), que não leva em consideração aspectos de cunho ambiental ou social da nação, mas, tão somente, as variáveis econômicas.

Todavia, o mito do crescimento econômico ilimitado se depara, hoje, com uma realidade fática inconteste, qual seja, a evidência dramática de deterioração

humana, ambiental e social. Enquanto galga-se, de um lado, uma expansão de riqueza material dirigida pelo capital especulativo e fomentada pela globalização policêntica, encontra-se, de outro, os ativos financeiros fruto desse crescimento econômico concentrados nas mãos de alguns conglomerados poderosos; o que só reitera a face verdadeira e perversa desta globalização (SANTOS., 2015, p. 18/21).

É evidente que o modelo de economia linear iria, e acabou por comprometer seriamente os limites ambientais de resiliência do planeta. Logo, o consumo humano dos recursos naturais (dimensão do consumo humano) com a superação da capacidade biológica da Terra (dimensão da biodiversidade) acabou por ocasionar consequências desastrosas que resultaram em diferentes estágios de degradação ambiental no sistema ecológico em diversas partes do planeta – alguns, irreversíveis. Tanto é assim que "a 'pegada ecológica', ferramenta de comparação entre essas duas dimensões, elaborada pelo WWF em 1999, constata essa alteração, e também o declínio da abundância das espécies que vivem nas florestas, na água doce e no mar" (KAZAZIAN, 2009, 23).

Trata-se, portanto, de uma outra verdade inconteste evidenciada desde o relatório "Os Limites do Crescimento", do Clube de Roma, que subsidiou a Conferência de Estocolmo, em que foi editada a Declaração de Estocolmo, e erigiu 26 princípios basilares para orientar e guiar os países para preservar e melhorar o meio ambiente. Esta Declaração pode ser considerada como o marco jurídico internacional para a preservação ambiental, e influenciou a elaboração de diversos diplomas constitucionais e legais dos países signatários, a exemplo do Brasil, que editou a Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), e, mais tarde, acarretou no esverdeamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Como se não bastasse isso, a continuidade do modelo de economia linear poderá ocasionar, invariavelmente, outra crise mundial produtiva profunda, a exemplo do que ocorreu nas crises do petróleo, na década de 70. Isso porque, a ausência dos recursos naturais finitos, que, hoje, subsidiam esse ciclo produtivo, poderá impedir, pelo menos, a manutenção da máquina produtiva, que, em colapso, resultará em outra grande recessão.

A partir e alinhada com o modelo de economia linear, surge a sociedade de consumo da era da modernidade líquida. Esta sociedade pós-moderna tem a característica fundamental de transformar o homem-cidadão em consumidor de direito, e, agora, em mercadoria. O homem da era líquida é instado, desde a sua tenra idade, a consumir os milhões de produtos em massa despejados pelo

mercado de consumo para as diferentes classes e tipos de consumidores. Com efeito, este homem passa a se submeter a um processo de recomodificação para sair da invisibilidade para ver e ser visto, e, assim, representar o que ele tem, e não quem é, de fato (BAUMAN, 2008, p. 200).

Para isso, faz-se necessário fomentar, por meio de propaganda e/ou da mídia em geral, o estado emocional melancólico do consumidor-mercadoria, que, a partir do seu vazio existencial, é levado a um estado de felicidade "*pontilhista*", isto é, perpétuo e instantâneo, mediante a busca compulsiva do consumo desenfreado com a negação contínua da infelicidade, seja ela qual for (BAUMAN, 2008, p. 45/46). E, isso não ocorre, apenas, na esfera inconsciente pessoal. Extrapola-se para o âmbito da sociedade como um todo, e insere-se no inconsciente coletivo, perpetuando um processo contínuo de aquisição de artefatos, que representa um objetivo final, um modo de vida, qual seja, consumir para viver, e viver para consumir.

Em decorrência disso, a sociedade de consumo passa a gozar de uma personalidade narcísica, que, porém, enseja sintomas psicológicos com a geração de doenças identificadas, inicialmente, como neuroses sintomáticas (histeria e neuroses obsessivas). Todavia, estes sintomas pioraram nas últimas décadas. Evoluiu-se para as desordens de caráter narcisista, cujos distúrbios de personalidade estão frequentemente associados aos sentimentos de vazio e falta de sentido, à incapacidade de relacionamento com o outro de maneira profunda e significativa, à hipocondria, às fronteiras difusas do ego e à falta de um sentimento coeso do eu (SEVERIANO e ESTRAMIANA, 2006, p. 41/42).

Isso, porém, não freia o ciclo produtivo linear que assegura a prosperidade econômica em patamares elevados. Não importa se é provocada pela depreciação ou desvalorização do artefato que acabou de ser lançado com o emprego da obsolescência programada, nem sequer se é alcançada mediante o estímulo de nova necessidade, desejo ou vontade compulsiva decorrente da insatisfação existencial do homem da era líquida. No final, acarreta-se a geração de mais resíduos sólidos, e, assim, de mais impacto ambiental.

A título de exemplo, e levando-se em consideração os resíduos sólidos decorrentes de embalagens em geral, isto é, papel, plástico, metal, vidro e outros, o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), da Secretaria Nacional de Saneamento (SNS), do Ministério do Desenvolvimento Regional, da União, em seu Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos de 2018, registrou, em 2018, que 1.546 Municípios brasileiros do total de 5.570 Municípios

e o Distrito Federal se manifestaram sobre o aproveitamento da massa recuperada destes resíduos recicláveis.

O SNIS informou que, em 2018, houve a recuperação de 923.285,9 toneladas no ano, representando, por conseguinte, 7,61% quilos por habitantes no ano. Em 2017, o SNIS apontou que 1.497 Municípios se pronunciaram sobre o aproveitamento do material reciclado, e indicaram a recuperação de 851.785 toneladas por ano, perfazendo 7,71% quilos por habitantes no ano. Adite-se que SNIS indicou que, em 2018, foram recicladas 129.493,2 toneladas de plásticos para uma base de 1.031 Municípios, perfazendo um percentual de 22,6%.

Há, portanto, uma baixa capacidade de aproveitamento, pelo país, destas embalagens em geral, as quais, quando são lançadas nos vazadouros a céu aberto, chamados, usualmente, de lixões, podem importar em contaminação do solo, do subsolo e do lençol freático, espraiando-se contaminantes por todo o ambiente natural com gravame para a saúde da população, repita-se.

O ciclo produtivo linear segue incólume, e capitaneado pelo mercado associado ao capital financeiro, que recebe a chancela dos Estados nacionais. Pior, a mídia manipulada não dá o espaço necessário e verdadeiro para o despertar dos consumidores, e o processo de degradação ambiental mundial avança rapidamente sob os olhos da sociedade de consumo (MANZINI, 2008, p. 20).

2. ECONOMIA CIRCULAR E O INÍCIO DA SUA TRANSIÇÃO NO BRASIL

Em resposta ao modelo de economia linear, surgem, dentre outras propostas de sua superação, a economia circular, que, em tese, pode ser compreendida como uma teoria guarda-chuva, vez que incorpora ao seu conceito linhas de pensamento de escolas surgidas desde a década de 70 até os dias atuais, valendo citar as principais: *Cradle to Cradle;* Economia de Performance ou de Desempenho; Ecologia Industrial; Economia Azul; Capitalismo Natural; Biomimética; e, Design Regenerativo (WEETMAN, 2019, p. 44/50). Todavia, a economia circular vai mais além disso.

Propõe-se que a economia deva funcionar como e em harmonia com o metabolismo do planeta, em constante equilíbrio dinâmico, possibilitando, por conseguinte, a construção de uma economia regenerativa e restaurativa por princípio. Em outras palavras, o crescimento econômico passa a ser dissociado do

uso de recursos naturais finitos e, portanto, da geração de impactos negativos, ensejando a adoção de um modelo econômico alinhado com a resiliência da biodiversidade do planeta.

A Fundação Ellen MacArthur, entidade internacional não governamental ligada ao setor de negócio, que tem contribuído bastante para construção, disseminação e implementação desse modelo econômico, especialmente na União Europeia, concebe a economia circular como "restaurativa e regenerativa por princípio e tem como objetivo manter produtos, componentes e materiais em seu mais alto nível de utilidade e valor o tempo todo, fazendo distinção entre ciclos técnicos e biológicos" (MacArthur, 2015).

Complementarmente, a Fundação Ellen MacArthur ressalta que a "economia circular é concebida como um ciclo contínuo de desenvolvimento positivo que preserva e aprimora o capital natural, otimiza a produtividade de recursos e minimiza riscos sistêmicos gerindo estoques finitos e fluxos renováveis" (MacArthur, 2015). E, por fim, conclui que "novo modelo econômico busca, em última instância, dissociar o desenvolvimento econômico global do consumo de recursos finitos" (MacArthur, 2015).

A partir da concepção de economia circular, percebe-se que este modelo econômico tem por objetivo primordial manter os artefatos em seu mais alto nível de utilidade e valor o tempo todo, fazendo-se o uso destes recursos a partir do enquadramento como nutrientes biológicos ou técnicos, que, por sua vez, farão parte dos respectivos ciclos biológicos ou técnicos (WEETMAN, 2019, p. 72).

O ciclo biológico constitui no fluxo de materiais renováveis, que são desenhados de maneira a reingressar, de forma segura, na bioesfera, sem toxidade, para reconstruir capital natural, como, por exemplo, uma madeira, que constitui um nutriente biológico, pode ser usado como porta para a construção de uma casa, e, depois da demolição desta casa, este nutriente pode ser inserido no ciclo biológico para o uso de uma mesa, e, assim, sucessivamente, até que, na condição de resíduo, possa ser incorporado como composto do processo de compostagem (WEETMAN, 2019, p. 72).

O ciclo técnico pauta-se na gestão dos estoques de materiais finitos, que também são previamente desenhados para circular na economia com alta qualidade no máximo de ciclo possíveis, mas sem retornar à bioesfera como resíduos sólidos, permanecendo, assim, regenerados no mesmo ciclo técnico, como, por exemplo, a embalagem de PET, que é composta de polipropileno e,

portanto, derivada do petróleo, deve ser submetida ao prévio projeto de design regenerativo que permita a sua superciclagem para a geração de liga de plástico, e, assim, possibilitará o seu uso no processo produtivo de embalagens de coleta de resíduos, sem geração de rejeitos (WEETMAN, 2019, p. 72).

Ambos os ciclos possibilitam, de diferentes formas, que cada nutriente, seja biológico seja técnico, inserido no modelo econômico circular, reduza a necessidade de nova matéria prima para funcionamento do ciclo produtivo, sem embargo de possibilitar o acesso de bem e serviços de consumo pelos consumidores.

A Fundação Ellen MacArthur, com respaldo no objetivo primordial da economia circular, apresenta importantes princípios que vão nortear esse novo modelo econômico, sem prejuízo da adoção de princípios de ordem ambiental já estabelecidos, a saber:

- "*Princípio 1: Preservar e aprimorar o capital natural controlando estoques finitos e equilibrando os fluxos de recursos renováveis*" (MacArthur, 2015), que, em síntese, vai representar a desmaterialização dos produtos e serviços mediante o uso de tecnologia da informação, e, quando houver a necessidade de uso de nutrientes, deve-se propugnar pela escolha de tecnologias e processos que utilizem recursos renováveis ou que apresentem melhor desempenho para inserção no ciclo biológico ou tecnológico, dependendo da característica do nutriente;

- "*Princípio 2: Otimizar o rendimento de recursos fazendo circular produtos, componentes e materiais no mais alto nível o tempo todo, tanto no ciclo técnico quanto no biológico*" (MacArthur, 2015), que, em suma, significa projetar a remanufatura, a renovação e a reciclagem dos nutrientes para que possam continuar em circulação para contribuir para a economia. Logo, esses nutrientes deverão circular, sempre que possível, por círculos menores (por exemplo, reparar o produto, ao invés de reciclá-lo) e, ainda, por ciclos consecutivos mais longos o maior tempo possível para intensificar a sua utilização (por exemplo, reutilizar um produto por diversas vezes estendo a sua vida útil ao máximo), sem prejuízo do uso em cascatas ou por compartilhamento desses nutrientes (por exemplo, reutilização ou compartilhamento de roupa de algodão, antes de ser usada no revestimento de móveis). Há que se fazer referência, ainda, a necessidade de estimular-se a reinserção segura dos nutrientes biológicos na bioesfera mediante a sua decomposição sem contaminantes para convolação em matéria prima para uso por outro ou novo ciclo.

- "*Princípio 3: Estimular a efetividade do sistema revelando e excluindo as externalidades negativas desde o princípio*" (MacArthur, 2015), isto é, expor e excluir as externalidades negativas no sistema produtivo com a incorporação dos custos do controle ambiental nesse sistema desde o início, evitando-se, com isso, a acelerada degradação ambiental do ecossistema.

Em 2015, a Comissão da Europeia encaminhou para o Parlamentou Europeu, o Conselho Europeu, o Comitê Econômico e Social Europeu e, ainda, o Comitê das Regiões uma proposta inédita e arrojada intitulada "*Fechar o Ciclo – Plano de Ação para a União Europeia para a Economia Circular*", que, como o nome dá a entender, representa um plano para acelerar a transição da economia linear para a circular no continente Europeu[1].

Complementarmente, a Comissão Europeia apresentou, em 2020, o "*Novo Plano para a Economia Circular*" que pretende criar condições para ampliar a economia circular por meio de oportunidades de inovação e de investimentos em modelos circulares de negócios e tecnologias facilitadoras; o que, em tese, contribuirá para a aceleração e a continuidade do processo de transição para este novo ciclo produtivo[2].

Assim sendo, a União Europeia avança a passos largos para a adoção e, agora, a aceleração para a economia circular como uma estratégia de renovação da sua economia com baixo impacto e geração emprego alinhada com a sustentabilidade do planeta, inclusive por meio da adoção de planos setoriais específicos e da revisão de suas diretivas legislativas voltadas para a gestão de resíduos, especialmente.

O Brasil não assumiu, oficialmente, o compromisso com a transição para a economia circular, porque não conta com uma política pública específica para fomentar este modelo produtivo cíclico.

Todavia, o país detém um arcabouço composto de planejamentos, instrumentos normativos e legislação no setor de resíduos sólidos que concorrem,

---

[1] Disponível em: https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/8a8ef5e8-99a0-11e5-b3b7-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-113116419 - Acessado em: 20.01.2021.

[2] Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12095-A-new-Circular-Economy-Action-Plan – Acessado em: 20.01.2021

ainda que indiretamente, para a conformação da economia circular e, portanto, podem acarretar a sua inserção com segurança jurídica em território nacional.

Neste sentido, a Lei Federal n.º 12.305, de 02 de agosto de 2010, Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que é objeto de regulamentação pelo Decreto Federal n.º 7.404, de 23 de dezembro de 2010, é o marco regulatório nacional para a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos, e serve de ponto de partida para a transição para a economia circular.

A PNRS ocupa-se da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos com atribuições complexas, mas individualizadas e encadeadas entre todos os atores atuantes no ciclo produtivo, ensejando, por conseguinte, a delimitação da responsabilidade destes atores também no processo de transição para a economia circular.

Em desdobramento desta responsabilidade compartilhada, a PNRS institui o sistema de logística reversa que incide de forma facultativa sobre os resíduos sólidos especiais pós-consumo, dentre eles, as embalagens em geral. Este sistema de logística reversa vai importar em um conjunto de ações, procedimentos e infraestruturas técnicas-operacionais a ser implantado e custeado pelos produtores para reinserção destes resíduos especiais pós-consumo no ciclo produtivo cíclico sem o desvio de resíduos.

Justamente por isso, o produtor de artefatos (leia-se, fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes), segundo a sua responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, tem a obrigação de promover o redesenho do passado deste artefato em sede do sistema de logística reversa, concebendo-o, desde logo, de forma que seja passível de reutilização e de reciclagem (art. 32, *caput*, §1º, incs. I até III, da PNRS); o que revela a indução em prol da escola de pensamento do design regenerativo, da economia circular, pela PNRS (ARAÚJO, 2019, p. 9/10).

Indo mais adiante, o acordo setorial de embalagens em geral, que é um instrumento negocial que materializa este sistema de logística reversa, conforma a atuação do produtor na consecução das medidas indispensáveis para o financiamento e a implementação deste sistema. Com isso, pode-se contribuir para a transição para a economia circular, pois o acordo setorial traça diretrizes técnica-operacionais sobre o processamento do ciclo técnico ou do ciclo biológico.

Em 27 de novembro de 2015, o Diário Oficial da União, em sua Seção 3, página 169, trouxe a publicação do extrato do Acordo Setorial de Embalagens em

Geral, que foi formalizado, em 25 de novembro de 2015, pela União, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente (MMA), e pelas associações e entidades representantes das empresas arroladas no Anexo I, desse acordo setorial, com a interveniência e anuência do Compromisso Empresarial para Reciclagem (CEMPRE), da Associação Brasileira de Embalagens (ABRE), da Associação Nacional dos Aparistas de Papel (ANAP), do Instituto Nacional das Empresas de Preparação de Sucata não Ferrosa e de Ferro e Aço (INESFA), da Associação Nacional de Carroceiros e Catadores de Materiais Recicláveis (ANCAT) e da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC).

O Acordo Setorial de Embalagens em Geral é objeto de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Pública Federal que contesta, seja em sede de liminar seja em âmbito de mérito, a omissão de responsabilidade operacional das empresas signatárias em sede do sistema de logística reversa, assim como demanda a declaração de nulidade das obrigações financeiras imputadas às organizações de catadores e, ainda, requer o ressarcimento financeiro do Município de São Paulo pela consecução de atividades inerentes a este sistema[3].

Em 1º de junho de 2020, o Ministério do Meio Ambiente expediu a Portaria n.º 252, que tornou pública o processo de consulta pública remota, no período de 04 de junho de 2020 até 03 de julho de 2020, sobre proposta de Termo de Compromisso para Implementação de Ações Voltadas à Economia Circular e Logística Reversa de Embalagens em Geral, que será formalizado, de um lado, pela União, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente, e de outro, pela "ReCircula", que congrega as empresas signatárias arroladas no Anexo I, deste termo.

Importante ressaltar que este Termo de Compromisso, após ser formalizado, substituirá, para todos os efeitos, as obrigações das empresas compromissárias em sede do Acordo Setorial de Embalagens referido (Cláusula Quinta – Da Implantação dos Compromissos Assumidos). Trata-se, em última análise, de uma novação da obrigação originalmente formada (art. 360, inc. I, da Lei Federal n.º10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil), posto que as partes signatárias são as mesmas, e, ainda, pretende-se assegurar que a totalidade dos

[3] Ver: BRASIL – Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo – 17ª Vara de São Paulo – Ação Civil Pública - Processo n.º0015159-35.2016.403.6100 – Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo e outros – Réu União e outros – Disponível em: http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/_- Acessado em 21/01/2021.

compromissos das empresas signatárias sejam sucedidos pelos temas relacionais a economia circular e a logística reversa de embalagens em geral estabelecidos neste Termo de Compromisso pelo período da sua vigência; o que, em tese, pode representar uma tentativa das empresas signatárias de evitar o contencioso judicial que é alvo o Acordo Setorial de Embalagens.

O Termo de Compromisso, em sua Consideranda, apresenta a seguinte definição de economia circular, a saber:

> conjunto de medidas que buscam redefinir a noção de crescimento, com foco em benefícios para toda a sociedade, envolvendo a dissociação da atividade econômica do consumo de recursos finitos e eliminação de resíduos por princípio, visando à construção de capital econômico, natural e social, com base em três princípios: (i) eliminar resíduos e poluição; (ii) manter produtos e materiais em ciclos de uso; e (iii) regenerar sistemas naturais

O Termo de Compromisso tem por finalidade estabelecer diretrizes, iniciativas e ações que serão realizadas pelos signatários para o desenvolvimento da economia circular de embalagens em geral que inserem no mercado, levando-se em consideração os objetivos da PNRS, especialmente: (i) não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos; (ii) estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; (iii) incentivo à indústria de reciclagem para fomentar o uso de matérias-primas e insumos renováveis, recicláveis e reciclados; e, (iv) cooperação técnica e financeira para gestão integrada de resíduos sólidos (Cláusula Primeira – do Objeto, do Termo de Compromisso).

Complementarmente, a Cláusula Segunda – Da Descrição das Medidas de Fomento à Economia Circular de Embalagens em Geral, do Termo de Compromisso, ao dispor sobre a implementação progressiva de medidas voltadas para o fomento da economia circular de embalagens em geral, aponta o desenvolvimento das seguintes iniciativas, que seguem lastreadas nos aspectos técnicos e operacionais previstos no "Anexo II - Fundamentos e Diretrizes Técnicas": (i) inovação na produção de embalagens em geral, que tem por objetivo viabilizar que as embalagens de seus produtos sejam, desde a concepção, desenvolvidas para reciclagem, além de ações que contribuam para a redução, reutilização e reciclagem de embalagens pós-consumo; (ii) fomento à cadeia de reciclagem por meio de ações que contribuam para o desenvolvimento da economia circular de embalagens em geral, que agreguem valor ao material pós-consumo e o tornem economicamente viável a ser reciclado, respeitadas as

limitações técnicas; e, (iii) engajamento dos consumidores para a separação e correta destinação das embalagens pós-consumo por meio de ações de conscientização a serem desenvolvidas em apoio à agenda nacional de qualidade ambiental urbana.

O Termo de Compromisso, em sua Cláusula Terceira – Dos Compromissos das Compromissárias, prevê que as empresas compromissárias da ReCircula, ao promoverem o fomento da economia circular de embalagens em geral, comprometem-se, de forma conjunta, a atenderem às metas descritas nos "Anexo II - Fundamentos e Diretrizes Técnicas" e "Anexo III – Metas e Métricas Estimadas" mediante o cumprimento dos seguintes eixos de atuação: (i) 100% de reciclabilidade até 2025; (ii) aumentar progressivamente o uso de matéria-prima reciclada pós-consumo nas embalagens; (iii) manter e incentivar o uso de modelos alternativos de entrega; (iv) logística reversa de embalagens em geral.

O Termo de Compromisso, que possui prazo de vigência de 05 anos, prorrogáveis automaticamente, em caso de ausência de expressa manifestação em contrário até 03 meses antes do seu término (Cláusula Sétima – Da Vigência e Validade), será objeto de monitoramento, acompanhamento e reporte, anualmente, mediante apresentação de relatório independente que deverá ser enviado para a União (Cláusula Sexta – Do Acompanhamento, Controle e Fiscalização dos Compromissos, do Termo de Compromisso).

Nesse período de consulta pública, o Termo de Compromisso foi alvo de severas críticas, destacando-se, dentre todas, a Nota Técnica expedida pela Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA)[4], que, a título de conclusão, sugeriu a rejeição integral deste Termo de Compromisso por não atender, minimamente, os requisitos legais estabelecidos para materialização do sistema de logística reversa de embalagens em geral previstos na PNRS.

Em relação as obrigações relacionadas à economia circular apontadas no Termo de Compromisso, a ABRAMPA, com respaldo nos estudos da Fundação Ellen MacArthur, aponta que este novo ciclo produtivo só terá sucesso e atingirá os seus objetivos se houver o atendimento das condições viabilizadoras e das condições sistemáticas favoráveis. Estas condições dependem de ações muito mais

[4] Disponível em: https://abrampa.org.br/abrampa/site/index.php?ct=conteudoEsq&id=873&modulo=NOT%C3%8DCIA – Acessado em 21/01/2021

amplas, que envolvam a responsabilidade de terceiros diversos dos produtos de artefatos. Com efeito, as condições citadas deverão envolver (i) colaboração, (ii) revisão de incentivos, (iii) estabelecimento de regras ambientais internacionais adequadas, (iv) liderança por exemplo e com foco em escala e agilidade e (v) acesso a financiamento.

Neste sentido, a ABRAMPA aponta que o país ainda não conta com as condições viabilizadoras e as condições sistemáticas favoráveis para a transição para a economia circular. Todavia, as empresas compromissárias, independentemente destas condições, podem, e devem estruturar, de forma adequada, o sistema de logística reversa de embalagens em geral, a fim de que esta matéria-prima secundária possa ser reaproveitada, no mesmo ciclo ou em outro, pelo maior tempo possível, ou, se for o caso, enviado para a destinação final ambientalmente adequada; o que o Termo de Compromisso não contempla, e é um aspecto antecedente de cunho operacional de fundamental importância para implementação da economia circular também.

Até o presente momento, o Termo de Compromisso para Implementação de Ações Voltadas à Economia Circular e Logística Reversa de Embalagens em Geral ainda não foi formalmente formalizado.

Sem prejuízo das críticas apontadas pela ABRAMPA sobre a proposta do Governo federal para introdução da economia circular no setor de embalagens em geral, é certo que esta transição para o novo ciclo produtivo, cujas raízes são europeias, não dialoga, a princípio, com os diversos aspectos que distinguem e marcam os países periféricos da América Latina, em especial o Brasil; o que será aprofundado adiante.

Surge, assim, outro desafio específico a ser superado na transição para a economia circular na América Latina, que pode, e deve envolver a interface deste novo ciclo produtivo com as escolas de pensamento alinhadas com as raízes latino-americanas. Dentre elas, destaca-se o Bem Viver, que é calcado nos valores culturais dos povos tradicionais e das florestas da América Latina, inclusive os povos indígenas guaranis brasileiros (BONIN, 2014, p. 3); o que justifica a escolha desta escola de pensamento latino-americana.

3. BEM VIVER

O Bem Viver busca abrir caminho para uma transformação civilizatória construída coletivamente para uma nova forma de vida em harmonia do homem com ele mesmo, com sua comunidade e com a Pachamama, Mãe Natureza (ACOSTA, 2016, p. 24/30).

Não se trata de uma idealização de um melhor sistema de acumulação material, nem sequer um sistema distribuição ou redistribuição de bens. Menos ainda representa uma proposta para atender ou disfarçar o *status quo* desenvolvimentista excludente e fracassado, que, porém, domina há séculos a América Latina (ACOSTA, 2016, p. 21).

O Bem Viver, que se pauta nos princípios da reciprocidade, relacionalidade, complementariedade e solidariedade, constitui uma ideia, uma visão utópica em construção, livre de preconceitos, que possibilita a abertura de portas para a formulação de visões alternativas de vida com vista à superação do modelo de produção capitalista linear (ACOSTA, 2016, p. 24/30).

Trata-se, assim, de bem conviver fundamentado nos Direitos Humanos e nos Direitos da Natureza, e não se resume a um simples bem-estar ocidental. O Bem Viver aposta em um futuro diferente, que pressupõe a construção de relações de intercâmbio e de cooperação, para que seja possível propiciar uma suficiência sustentada na solidariedade (ACOSTA, 2016, p. 26/27).

Daí, o elemento chave para a compreensão do Bem Viver é voltar-se a atenção não somente para o homem em uma visão antropocêntrica, mas, sim, para o ser humano na sua relação com a comunidade e em harmonia com a Natureza a partir de uma visão biocêntrica. Ou seja, não está em jogo, apenas, a defesa em face da exploração da mão-de-obra violada pela mais-valia linear. A fronteira da defesa civilizatória se alarga, e vai abranger a proteção em face de esquemas antropocêntricos de organização produtiva causadores de destruição da biodiversidade planetária (ACOSTA, 2016, p. 27/28).

O Equador e a Bolívia, a partir das propostas revolucionárias de ruptura tradicional civilizatória que ganharam força política nesses países, alçaram os resultados dessas lutas nas suas constituições, contribuindo, assim, para dar concretude às medidas de implementação desse novo processo civilizatório (ACOSTA, 2016, p. 22).

Todavia, o simples fato de ser um direito positivado na constituição não tem o condão de superar o sistema linear. Da mesma forma, a mera incorporação burocrática das dimensões e valores dos povos e comunidades indígenas andinos ou o favorecimento de espaços especiais pelo Estado não vai traduzir em uma transição pacífica para o Bem Viver. Isso vai exigir um compromisso histórico do Estado, que, ao buscar a qualificação como plurinacional, deverá incorporar os códigos culturais dos povos tradicionais, e abrir as portas para um amplo debate com vista à transição para outro modelo estatal descomprometido com as amarras eurocêntricas e estadunidenses (ACOSTA, 2016, p. 25/26).

Justamente por isso, vai emergir a necessidade de construção de uma nova economia compatível com essa outra civilização. Esta nova economia, que segue pautada nos princípios citados, e, ainda, nos princípios da responsabilidade, da integralidade, da suficiência, da diversidade cultural, da equidade e democrático, pode, e deve buscar a desconstrução do racionalismo capitalista, e reconstruir alternativas para a sua superação. O reconhecimento e a valorização de outros saberes e práticas, inclusa a reinterpretação social da Natureza a partir do imaginário cultural dos povos nativos, será fundamental para possibilitar essa transformação racional econômica (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 136).

Daí, a proposta dessa economia alinhada ao Bem Viver vai pressupor uma reorganização produtiva que abandone a lógica da acumulação de bens materiais cada vez maior, que, por conseguinte, contribui para a devastação social e ambiental; o que, repita-se, caracteriza o modelo de economia linear, então, vigente (ACOSTA, 2016, p. 165/166).

Deve-se dar espaço, portanto, para uma grande transformação de base, que possibilite consumir diferente, melhor e, em alguns casos, menos, a fim de obter-se melhor resultados em qualidade de vida, inclusive. Esta nova economia solidária e sustentável vai demandar, ainda, a mudança do eixo de uma economia do crescimento por uma sociedade do crescimento, em que se busca uma crescente autodependência comunitária para superar o consumismo e o produtivismo, prevalecendo, sempre, as relações humanas, as comunitárias e as estabelecidas com a Natureza (ACOSTA, 2016, p. 165/166).

No intuito de criar condições para assentar, de forma segura, o Bem Viver, e possibilitar o aprofundamento das suas premissas também no campo do racionalismo econômico, emerge o pós-extrativismo. (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 138).

O modelo extrativista pode representar, não sem livre de críticas, uma perpetuação do Imperialismo, que originou a economia linear, e mantém-se firme no domínio da América Latina. Trata-se de modelo desenvolvimentista baseado na exploração de recursos naturais e na concentração de renda, cujos resultados são exportados na forma de commodites para os países desenvolvidos; o que só reforça a dependência da volatilidade dos preços e o poder oligopolista das empresas transnacionais (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 139)

Em oposição a esse modelo, surge o movimento pós-extrativista, que nasce da mobilização em face do neoliberalismo e do questionamento a respeito do neoextrativismo (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 140). O pós-extrativismo decorre da constatação de que se vive uma crise universal civilizatória, e não, apenas, uma crise econômica, financeira ou múltipla, razão pela qual contesta-se os padrões desenvolvimentistas de dominação autoritário, vertical e assimétrico do mercado mundial com suas práticas de consumir, produzir e gerar resíduos (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 141/142).

Reconhece-se a insustentabilidade da perpetuação da exploração do conjunto da biodiversidade da Natureza com o gravame dos seus limites de resiliência. A Natureza tem limites de perturbações, que, obviamente, não podem se subordinar às vontades do homem. E, estes limites estão cada vez mais perceptíveis e insustentáveis diante da apropriação capitalista desenvolvimentista. Logo, a rendição perante uma realidade visível é o primeiro passo para impulsionar o processo de transformação da racionalidade econômica e social (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 146).

O pós-extrativismo vai implicar em grandes e amplas transformações sociais, concentrando-se em criar condições e formas de reprodução social integrais, incluído os aspectos econômico e ambiental de cunho social (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 148). Para tanto, resgata-se o reencontro, o elo de ligação do homem com a Natureza, que se desfez por conta de uma concepção de vida predatória e intolerável. Com essa união, a política poderá recobrar uma força de atualidade capaz de superar a mercantilização da Natureza (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 146).

Assim sendo, os objetivos dessa nova economia respeitarão o funcionamento dos sistemas naturais, atendendo-se ao princípio da dignidade humana para conferir uma melhor qualidade de vida para as pessoas (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 147). Mas, não é só isso.

A própria pluralidade da sociedade levará a construção da liberdade, da equidade e da felicidade; o que possibilitará a criação de instituições e normas para desenvolver e consolidar uma democracia mais prolífica e radical. Com isso, abre-se espaço para reversão do domínio capitalista atual, cria-se poder com a legitimidade social e, ainda, provoca-se a revisão do pensamento do Estado a partir de uma dimensão comunitária que expanda a democracia direta em todos os âmbitos possíveis (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 147). "É a partir daqui que se deve construir uma transição pós-extrativista nos moldes de um processo de democracia sem fim, em que se conjugue reforma, transformação estrutural e rebeldia" (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 147).

4. APROXIMAÇÃO E AFASTAMENTO DA ECONOMIA CIRCULAR COM O BEM VIVER

A economia circular e o Bem Viver vão se aproximar na medida em que se apresentam como proposta de ruptura e superação do modelo desenvolvimentista linear. Ambas guardam relação com um conceito de bem-estar e visões de futuro a partir de uma sociedade desenvolvida em alinhamento com a biodiversidade do planeta, e respeito aos limites de resiliência da natureza. Logo, apregoam que as formas de produção devem ser social e ambientalmente compatíveis, a fim de conferir uma vida atrativa para todos com a prevalência da relação do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza.

A economia circular, com base na Economia da Performance na vertente das premissas da economia social e da economia cultural, ressalta a importância, e a necessidade de promover-se a defesa dos direitos humanos e da geração digna de emprego e renda, assim como o compromisso com os valores ético-culturais decorrente da herança histórica e cultural dos povos (WEETMAN, 2019, p. 44/45); o que, de certo, contribuirá para formação desta economia regenerativa e restaurativa por princípio.

Indo ao encontro desta proposta sociocultural da economia circular, o Bem Viver apregoa a construção de uma nova sociedade de bases comunitária voltada para um conviver harmonioso com a Natureza, e, por isso, vai ensejar uma nova economia pós-extrativista divorciada da lógica de desenvolvimento mercantilista do capitalismo, tudo orientado pela prevalência dos Direitos Humanos e, mais do que isso, dos Direitos da Natureza, pautando-se pela

materialização dos princípios da reciprocidade, da relacionalidade, da complementariedade e da solidariedade.

A economia circular e o Bem Viver apresentam, portanto, a necessidade de reorganização da produção desvinculada da dominação de mecanismos de mercado orientados por uma visão utilitarista de exploração, sem limites dos recursos finitos planetários. Esta reorganização produtiva busca respeitar o ambiente natural a partir da reutilização dos recursos com a reordenação em novos ciclos ecológicos, ensejando, por conseguinte, uma forma diferente de pensar o consumo, e, em alguns casos, consumir menos para resultar em melhor qualidade de vida.

Contudo, só isso não basta. O paradigma produtivista e consumista da sociedade de consumo da modernidade líquida precisa ser rompido. Faz-se necessário compreender e superar os processos compulsivos de consumo do homem desta era líquida para revelar, transformar e integrar o seu estado emocional melancólico. Para tanto, o processo de autoconhecimento agregado com a busca do self são peças essenciais e chaves para assegurar o mergulho no vazio existencial humano, e trazer do inconsciente individual do homem para o seu consciente as ferramentas necessárias para despertar do si e, portanto, da sua essência (JUNG, 1980, p. 101/105)

A partir do despertar deste novo homem, será possível estabelecer conexões com valores éticos e espirituais mais elevados (KRISHNAMURTI, 2018, p. 112), notadamente dele consigo mesmo, com a comunidade e com a Pachamama; o que sempre esteve na gênese da consciência cultura dos povos tradicionais, e, nesta quadra atual, constitui a espinhal dorsal do Bem Viver para uma transformação civilizatória que já ganhou *status* constitucional no Equador e na Bolívia.

Em suma, a economia circular apresenta e reconhece a necessidade de ruptura do consumismo que molda o homem- mercadoria da era da modernidade líquida, segundo a feliz expressão de BAUMAN, enquanto o Bem Viver complementa essa ruptura por meio do resgate da ligação da essência humana com a Natureza para ensejar o surgimento de outra sociedade, fraterna, justa, solidária e livre, em qualquer parte do planeta, segundo apregoa ACOSTA.

Todavia, a interface entre a economia circular e o Bem Viver para por aí.

O Bem Viver compreende o processo histórico extrativista, mercantilista e segregacionista, que se baseia em um desenvolvimento linear de cunho globalizante policêntrico que assola a América Latina.

O Bem Viver vai de encontro não só ao *status quo* desenvolvimentista capitalista prevalecente, mas também às propostas alternativas de ruptura que se moldam a este *status quo*. Defende a necessidade de uma transformação desestabilizadoras do capitalismo e seus interesses para criar condições sociais que permitam o florescimento de um contexto social comunitário e solidário (ACOSTA e BRAND, 2018, p. 158).

Logo, o Bem Viver vai muito além da economia circular, e propõe mudanças estruturais no âmago da sociedade e, obviamente, do Estado para construir uma alternativa e evolução de vida que seja repensada a partir de um olhar holístico e sistêmico calcado nos Direitos Humanos e nos Direitos da Natureza, e guiada pelos princípios da reciprocidade, da relacionalidade, da complementariedade e da solidariedade (ACOSTA, 2016, p. 166).

5. ECONOMIA CIRCULAR À MODA BRASILEIRA

O surgimento da "economia circular à moda brasileira" poderá ocorrer justamente da interseção entre a economia circular e o Bem Viver. Todavia, deve-se ir além para ressaltar a importância dos aspectos distintivos que sobressaem do Bem Viver, em razão das características inerente de um país latino-americano periférico como é o Brasil.

Nesse sentido, a "economia circular à moda brasileira" deverá estar pautada na ruptura e na superação da economia linear extrativista de cunho globalizante policêntrico, e propugnar pela transformação do âmago da sociedade – e, não somente de um ciclo produtivo – e, por conseguinte, dos Estados nacionais, para que seja construída uma nova alternativa social, cultural, econômico e ambiental a partir de um olhar holístico e sistêmico que esteja alinhado com a biodiversidade do planeta, e respeito aos limites de resiliência da Natureza.

Esta nova sociedade - que orientará a atuação dos Estados nacionais, e não o contrário - deverá estar comprometida com os valores ético-culturais herdados dos povos constitutivos do país (art. 3, incs. I e II, da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988), e priorizar o florescimento de uma base

social comunitária e solidária para estabelecer uma convivência harmoniosa do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza, observando-se, sempre, a prevalência dos Direitos Humanos e dos Direitos da Natureza com a materialização dos princípios da reciprocidade, da relacionalidade, da complementariedade e da solidariedade.

Em desdobramento disso, a "economia circular à moda brasileira" deverá pressupor a reorganização do ciclo produtivo desvinculado dos mecanismos de mercado de cunho mercantilista e utilitarista dos recursos finitos ambientais. Com efeito, esta nova economia deverá ter como regra o respeito à Natureza, e reconhecê-la como um ser vivente com direitos a serem assegurados em sede constitucional pelos Estados nacionais; o que implicará na migração do antropocentrismo alargado e esverdeado da CRFB/1988 para um ecocentrismo efetivo.

Justamente por isso, a "economia circular à moda brasileira" deverá inverter a logica atual da utilização dos recursos naturais, isto é, a utilização dos recursos naturais deverá ser a exceção, e a reutilização das matérias primas secundárias a regra, importando, por conseguinte, na inserção destes artefatos no mesmo ou em outros ciclos produtivos, pelo maior tempo possível, sem que haja a geração de resíduos sólidos a serem encaminhados para a destinação final ambientalmente adequada.

Indo mais adiante, a nova sociedade e, ainda, os Estados nacionais, ambos responsáveis pela construção da "economia circular à moda brasileira", também deverão comprometer-se com a ruptura da sociedade de consumo da modernidade líquida, e ofertar os meios necessários para assegurar que o homem mercadoria desta era líquida possa compreender e superar os processos compulsivos de consumo para revelar, transformar e integrar o seu estado emocional melancólico.

A partir do processo de autoconhecido agregado com a busca do self, o homem mercadoria poderá mergulhar no seu vazio existencial, e trazer do inconsciente individual para o seu consciente as ferramentas necessárias para revelar a sua essência; o que poderá acarretar o resgate de valores éticos e espirituais mais elevados em conexão com a Natureza. Daí, o homem deixará ser uma mercadoria, e resgatará a sua real dignidade humana, podendo, assim, gozar de um estado de graça interior pleno com redução dos desvios de consumo que impactam o ambiente natural. Com isso, o homem poderá ter a clareza que até pode consumir de forma sustentável, mas não cair no consumismo vazio dessa era líquida.

CONCLUSÃO

A economia circular propugna pela ruptura do modelo de economia linear, e reconhece a necessidade de superação do consumismo que orienta a vida do homem-mercadoria da sociedade de consumo da era da modernidade líquida. Complementarmente, o Bem Viver reforça essas diretrizes da economia circular, e induz o resgate da ligação deste homem com a Natureza para ensejar o surgimento de uma outra sociedade, fraterna, justa, solidária e livre.

Todavia, o Bem Viver vai além, e propõe uma mudança estrutural da sociedade e, por conseguinte, do Estado nacional para construir uma via alternativa com um olhar holístico e sistêmico alinhado com os Direitos Humanos e os Direitos da Natureza, e guiada pelos princípios da reciprocidade, da relacionalidade, da complementariedade e da solidariedade.

Tendo em vista esta interface entre a economia circular e o Bem Viver, propõe-se reflexões para a construção de uma "economia circular à moda brasileira", que, por sua vez, pode contribuir para o debate da transformação da sociedade e do Estado nacional a partir da convivência harmoniosa do homem consigo, com a comunidade e com a Natureza segundo os Direitos Humanos e os Direitos da Natureza.

Ademais, a "economia circular à moda brasileira" poderá importar na reordenação da lógica do ciclo produtivo, em que a utilização dos recursos naturais deverá ser a exceção, e a reutilização das matérias primas secundárias a regra, resultando, assim, na inserção destes artefatos no mesmo ou em outros ciclos produtivos, pelo maior tempo possível, sem que a geração de contaminantes de qualquer espécie.

Indo mais adiante, a "economia circular à moda brasileira" deverá assegurar os meios para que o homem-mercadoria busque o processo de autoconhecido agregado com a busca do self, a fim de possibilitar o mergulho no vazio existencial. Com isso, este homem poderá trazer do inconsciente individual para o seu consciente as ferramentas necessárias para revelar a sua essência, importando, assim, no resgate de valores éticos e espirituais mais elevados em conexão com a Natureza.

Logo, o homem poderá resgatará a sua real dignidade humana, e gozar de um estado de graça interior pleno com redução dos desvios de consumo que impactam o ambiente natural. Dessa forma, será possível ter a clareza que até pode

consumir de forma sustentável, mas não cair no consumismo vazio dessa era líquida.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto e BRAND, Ulrich. Pós-Extrativismo e Decrescimento; Saídas do Labirinto Capitalista. São Paulo: Elefante, 2018.

ACOSTA, Alberto. O Bem Viver; Uma Oportunidade para Imaginar Outros Mundos. São Paulo: Elefante, 2016.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. Design Regenerativo e Direito Ambiental: Construção de Ponte para a Economia Circular. In: Anais do Simpósio de Pós-graduação em Design da Esdi. Rio de Janeiro(RJ) ESDI / UERJ, 2019. Disponível em: <https//www.even3.com.br/anais/spgd_2019/219052-DESIGN-REGENERATIVO-E-DIREITO-AMBIENTAL--CONSTRUCAO-DE-PONTE-PARA-A-ECONOMIA-CIRCULAR>. Acessado em: 30/01/2021.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo; A Transformação das Pessoas em Mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL - Ministério do Desenvolvimento Regional - Secretaria Nacional de Saneamento (SNS) - Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS): Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos - 2018. Brasília: SNS/MDR, 2019.

Fundação Ellen MacArthur. "*Rumo a Economia Circular: O Racional de Negócio para Acelerar a Transição*" – Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/Rumo-a%CC%80-economia-circular_Updated_08-12-15.pdf – Acessado em: 31.01.2021.

JUNG, Carl Gustav. Psicologia do Inconsciente. Petrópolis: Vozes, 1980.

KAZAZIAN, Thierry. Haverá a Idades das Coisas Leves; Design e Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: SENAC/SP. 2009.

KRISHNAMURTI, Jidu. Seu Universo Interior; Você é a História da Humanidade. São Paulo: Planeta, 2018.

MANZINI, Ezio. Design para Inovação Social e Sustentabilidade: Comunidades Criativas, Organizações Colaborativas e Novas Redes Projetuais. Rio de Janeiro: E- Papers, 2008.

PINTO, Henrique Motta. "A Articulação dos Serviços de Saneamento Básico com a Política Urbana". In: MOTA, Carolina (coordenadora).

Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n.º11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SANTOS, Milton. Por uma Outra Globalização: Do Pensamento Único à Consciência Universal, 25ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SAIANI, Carlos César Santejo e TONETO JÚNIOR, Rudinei. "Manejo dos Resíduos Sólidos no Brasil: Desigualdades e Efeitos sobre a Saúde". In: DOURADO, Juscelino, SAIANI, Carlos César Santejo e TONETO JÚNIOR, Rudinei (coordenadores). Resíduos Sólidos no Brasil: Oportunidades e Desafios da Lei Federal nº12.305 (Lei de Resíduos Sólidos). Barueri, SP: Minha Editora, 2014.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira e ESTRAMIANA, José Luís Álvaro. Consumo, Narcisismo e Identidade Contemporânea: Uma Análise Psicossocial. Rio de Janeiro: Editora UERJ.

TEUBNER, Gunther, "Justice under Global Capitalism?". In: *Law Critique* (2008) pp. 329–334.

WEETMAN, Catherine. Economia Circular: Conceitos e Estratégias para Fazer Negócios de Formais Inteligente, Sustentável e Lucrativa. São Paulo: Autêntica Business, 2019.

FOGO QUE ARDE E (NÃO) SE VÊ: o incêndio no Pantanal e o consumo de animais não-humanos

Evelym Pipas Morgado
Universidade Federal Fluminense, mestranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Rio de Janeiro, Brasil
evelympipas1@gmail.com

Rafael van Erven Ludolf
Universidade Federal Fluminense, doutorando do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Rio de Janeiro, Brasil
rafaelvanerven@gmail.com

Luiza Alves Chaves
Universidade Federal Fluminense, doutoranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), Rio de Janeiro, Brasil
luizachavesjgd@gmail.com

Resumo: A criação de gado é a atividade econômica que ocupa a maior superfície em território brasileiro. Suas áreas de pastagem são estimadas em 172 milhões de hectares. A cultura da soja, também vinculada à produção de carnes, vem em segundo lugar, com mais de 31 milhões de hectares em 2015. A expansão da soja e do gado bovino é, no Brasil, a maior responsável pelo desmatamento em diversos biomas. A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, foi acelerada pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro. Em 2020, os incêndios no Pantanal foram os piores já registrados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) desde 1998. Nesse sentido, a partir da análise cruzada dos focos de calor do INPE, imagens dos satélites Sentinel-2 e Planet e mapeamento das áreas atingidas por incêndios da NASA, pesquisadores apontam que as queimadas no Mato Grosso começaram em cinco propriedades. O fogo é a forma mais barata de ampliar uma pastagem. Diante de tais considerações, o presente analisou criticamente a correlação entre a racionalidade antropocêntrica e utilitarista da agropecuária reforçada pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro e as queimadas no Pantanal. Para tanto, utilizou-se dos aportes epistêmicos da Ética Vegana e do Direito Animal.

Palavras-chave: Pantanal; Agronegócio; Consumo de animais não-humanos; Queimadas; Direito Animal.

Abstract: Cattle breeding is the economic activity that occupies the largest area in Brazilian territory. Its pasture areas are estimated at 172 million hectares. The cultivation of soy, also linked to the production of meat, comes in second place,

with more than 31 million hectares in 2015. The expansion of soy and cattle is, in Brazil, the main responsible for deforestation in several biomes. The destruction of the Amazon, the Cerrado and the Pantanal, to become supplying areas for meat and animal feed, was accelerated by the current Brazilian government led by Jair Bolsonaro. In 2020, the fires in the Pantanal were the worst recorded by the National Institute for Space Research (Inpe) since 1998. In this sense, from the cross-analysis of INPE data, images from Sentinel-2 and Planet satellites, and mapping of areas affected by fires realized by NASA, researchers point out that the fires in Mato Grosso started on five properties. Fire is the cheapest way to expand a pasture. Given these considerations, the present study critically analyzed the correlation between the anthropocentric and utilitarian rationality of agriculture, reinforced by the current Brazilian government led by Jair Bolsonaro and the fires in the Pantanal. For that, we used the epistemic contributions of Vegan Ethics and Animal Law.

Keywords: Pantanal; Agribusiness; Consumption of non-human animals; Burned; Animal Law.

INTRODUÇÃO

Vivencia-se, atualmente, um cenário de colapso ambiental, em que não é mais possível postergar decisões que afetarão crucialmente a habitabilidade do planeta. Aquecimento global, acidificação marinha, desertificação do solo, desmatamentos, queimadas e extinção maciça de espécies animais e vegetais, por exemplo, têm causado um número cada vez maior de eventos extremos com consequências dramáticas aos animais não-humanos e aos grupos humanos empobrecidos, que pagam o mais alto preço pela injustiça ambiental.

Antropoceno, capitaloceno, colonialoceno, ecocídio são conceitos críticos que tem apontado para um senso de urgência e rompimento com o modelo capitalista, que exponencia a exploração de seres humanos e não-humanos. Portanto, é preciso radicalizar, no sentido de ir à raiz do problema: as práticas predatórias do agronegócio, da pecuária intensiva, da indústria capitalista, sustentadas pelo racionalismo técnico-científico da Modernidade que em sua projeção desenvolvimentista deu lugar a uma razão calculadora que transformou o mundo natural em cifras, números, *commodities*, atribuindo uma inferiorização radical aos animais não-humanos e devastando as florestas, fatores que estão na base da crise socioambiental da Modernidade e que, até mesmo, viabilizaram o surgimento de epidemias e pandemias, como a do COVID-19.

Todavia, nesse cenário apocalíptico, no dia 1º de janeiro de 2019 Jair Bolsonaro tomou posse como presidente do Brasil, cujos discursos ainda em tempo de campanha eleitoral já se alinhavam totalmente aos ideais utilitaristas e extrativistas, onde a Natureza é vista como um grande balcão de negócios. Seu ministro do meio ambiente, Ricardo Salles, na reunião ministerial de 22 de abril (cuja gravação foi tornada pública em maio de 2020 por ordem do Supremo Tribunal Federal) afirmou que deveriam aproveitar a pandemia do COVID19 para *"ir passando a boiada",* referindo-se ao plano de desmonte de órgãos ambientais, que tem relação com o fogo nas florestas.

A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, foi acelerada pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro. Em 2020, os incêndios no Pantanal foram os piores já registrados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) desde 1998. Foram 22.119 focos de queimadas, cerca de 120% a mais que no ano anterior, ocasião em que foram contabilizadas 10.025 queimadas na região.

No Brasil, o bioma se estende aos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, sendo considerado um santuário da biodiversidade brasileira, caracterizado por cerrados, campos inundáveis e ambientes aquáticos, conhecido como uma das maiores áreas úmidas continentais do mundo, que mantém a vida de milhares de espécies de plantas e centenas de espécies de animais.

A pecuária extensiva é a principal atividade econômica no Pantanal e uma das atuais ameaças (ao lado dos desmatamentos, queimadas, construção de hidrelétricas). A pecuária, por si só, desmata para ampliar a área produtiva para o gado e substitui as pastagens naturais — que fazem parte do bioma — por pastagens plantadas, com espécies de capim estranhas ao ecossistema. A "limpeza" da vegetação durante a temporada de pouca chuva para dar lugar a pastos e culturas para exportação, bem como o uso do fogo, que é uma das ferramentas de manejo mais baratas usadas na pecuária, apontam que tal atividade é a principal responsável pela destruição.

Segundo informações da ONG Repórter Brasil (2020), parte do fogo que devastou o Pantanal mato-grossense em 2020 teve origem em fazendas de pecuaristas que vendem gado para o grupo Amaggi, do ex-ministro e ex-senador Blairo Maggi, e para o grupo Bom Futuro, de Eraí Maggi, considerado o maior produtor de soja do mundo. Esses dois grupos empresariais, por sua vez, são fornecedores das gigantes multinacionais JBS, Marfrig e Minerva.

A referida análise se baseou em estudo da ONG Instituto Centro de Vida[1], que identificou a origem dos incêndios a partir da análise cruzada dos focos de calor do Inpe (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais), imagens dos satélites Sentinel-2 e Planet e mapeamento das áreas atingidas por incêndios da NASA.

A partir de tais considerações, o presente artigo analisou a correlação entre a racionalidade antropocêntrica e utilitarista da agropecuária reforçada pelo atual governo brasileiro, liderado por Jair Bolsonaro, e a destruição da biodiversidade do Pantanal, vez que *comodifica* a natureza para a incorporação de novas fronteiras agrícolas e ameaça a preservação deste rico bioma brasileiro, num ritmo jamais visto. Para tanto, utilizou-se dos aportes epistêmicos da Ética Vegana e do Direito Animal.

1. Fogo no Pantanal em números

Segundo informações registradas pelo Programa Queimadas, do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), os incêndios florestais no Brasil cresceram de forma exponencial no decorrer de 2020 em praticamente todos os biomas. No ano passado, o país registrou 222.798 focos, contra 197.632 em 2019, ou seja, um aumento de 12,7%. Os números só perdem para o recorde de 2010, quando o país registrou cerca de 319 mil focos.[2]

Segundo o IBGE (2020), entre os anos de 2000 e 2018, aproximadamente 2,1 mil Km² de região nativa do Pantanal foi devastada. Em 2020, devido as queimadas, esse número foi superado, chegando a 23 mil Km², ou seja, 10 vezes mais que nos últimos anos, de acordo com informações do Instituto Nacional de Pesquisas do Pantanal (INPP) e da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) (SILVEIRA, 2020).

---

[1] Instituto Centro de Vida. Caracterização das áreas atingidas por incêndios em Mato Grosso, 2020. Disponível em: https://www.icv.org.br/publicacao/caracterizacao-das-areas-atingidas-por-incendios-em-mato-grosso/. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

[2] Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Programa Queimadas. Disponível em: http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/estatisticas_paises/. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.



Figura 1 - Queimadas no Pantanal.

Fonte: Núcleo de Fotografia Científica Ambiental BioCenas.

Nesse contexto, em 2020, o Pantanal registrou a maior quantidade de focos de incêndio desde o primeiro ano de gestão do presidente Jair Bolsonaro. Foram 22.119 focos de queimadas, cerca de 120% a mais que no ano anterior, ocasião em que foram contabilizadas pelo Inpe 10.025 queimadas na região, causadas, na sua grande maioria, por atividades antrópicas sejam intencionais ou acidentais.

De acordo com o levantamento do Programa Queimadas, que reúne dados desde 1998, o recorde de incêndios no Pantanal havia sido registrado em 2005, quando foram contabilizadas 12.536 ocorrências em todo aquele ano.

No gráfico abaixo produzido pelo Inpe[3], uma comparação do total de focos ativos detectados pelo satélite de referência em cada mês, no período de 1998 até 25/01/2021 na região do Pantanal.

[3] Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Programa Queimadas. Disponível em: http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/estatisticas_paises/. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

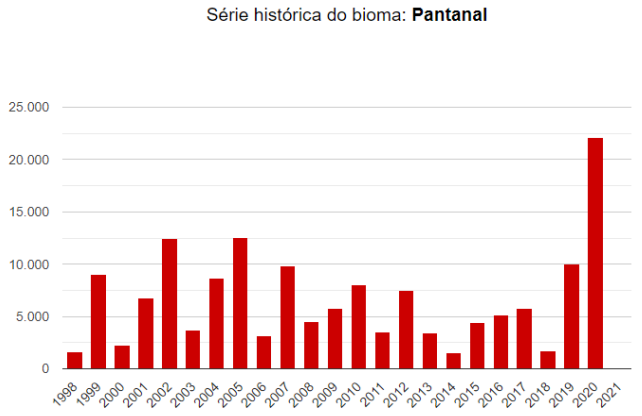


Figura 3- Número total de focos de incêndio ativos anualmente, até 25.01.2021 (INPE. 2021)

A quantidade elevada de queimadas no Pantanal no ano de 2020, fez o bioma perder cerca de 40% do território. Segundo estudo da ONG ICV[4] (Instituto Centro de Vida), mais de 2,1 milhões de hectares do Pantanal foram atingidos pelas chamas no ano passado. Juntando-se áreas da Amazônia e do Cerrado presentes em Mato Grosso, o total queimado chegou a 8,5 milhões de hectares, uma área mais de 50 vezes maior que a cidade de São Paulo.

Conforme a análise da ONG ICV, ainda que em termos absolutos não haja grandes diferenças entre a área afetada nos biomas, se considerarmos a proporção entre a área atingida por incêndios e o tamanho do bioma, o Pantanal foi disparado o que mais sofreu pela ação do fogo. As chamas consumiram 40% de toda a área do bioma no estado. O Cerrado mato-grossense teve 9% de sua área atingida e a Amazônia, cerca de 6%.

[4] Instituto Centro de Vida. Balanço dos incêndios em Mato Grosso em 2020, 2020. Disponível em: https://www.icv.org.br/publicacao/balanco-dos-incendios-em-mato-grosso-em-2020/. Acessado em 15 de fevereiro de 2021.

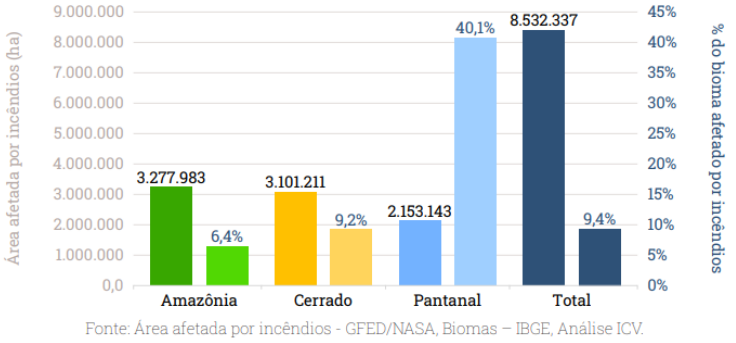


Figura 3- Área afetada por incêndios por bioma (ha) e proporção do bioma afetado por incêndios (%).

Assim como havia ocorrido com a Amazônia em 2019, as queimadas do Pantanal ganharam destaque internacional. As imagens da luta dos animais pela vida no Pantanal em chamas rodaram o mundo e o governo de Jair Bolsonaro foi duramente criticado pela falta de ação em conter a destruição ambiental.

Abaixo algumas fotos que foram registradas durante as queimadas na região por diversos veículos de imprensa nacionais e internacionais.



Figura 2 - Filhote de cervo encontrado solitário recebe acompanhamento de voluntários – Fonte: BBC[5]

[5] LEMOS, Vinícius. As imagens da luta dos animais pela vida no Pantanal em chamas. BBC NEWS, 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54221702. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.



Figura 4 – Anta ferida pelas queimadas – Foto de Gustavo Basso - Fonte: Super Interessante. [6]



Figura 5 – As queimadas no Pantanal em destaque no The New York Times



Figura 6 – Onça-pintada com as patas queimadas - Divulgação/AMPARA Silvestre



Figura 7 – As queimadas no Pantanal em destaque no The Guardian

Antes que os incêndios no Pantanal tomassem proporções incontroláveis, entidades ligadas à causa ambiental nos três países que o bioma abrange (Bolívia, Brasil e Paraguai) já alertavam para uma possível tragédia desde 2019.

[6] ELER, Guilherme. Como as queimadas no Pantanal comprometem a fauna da região. Super Interessante, 2020. Disponível em: https://super.abril.com.br/sociedade/como-as-queimadas-no-pantanal-comprometem-a-fauna-da-regiao/. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

Em uma breve análise, entre janeiro e agosto daquele ano, cerca de 647.200 hectares foram queimados, um aumento 455% em relação a 2018, 126% em comparação com a média dos últimos três anos e 96% quando comparado à média dos últimos 10 anos conforme dados do Inpe.

Oportuno frisar que, se não fosse o trabalho dos brigadistas voluntários, a situação no Pantanal seria muito pior, já que os incêndios podem levar a prejuízos irrecuperáveis. Esses brigadistas fizeram um trabalho de prevenção e combate aos incêndios que foram praticamente ignorados pelo atual governo federal.

Talvez, por desconhecimento dos impactos causados pelas queimadas, é bastante comum a quietude e tranquilidade das pessoas quando o fogo finalmente é apagado. Mas, infelizmente, os problemas pós-queimada são contínuos para a fauna e a flora. Quando uma área é queimada, além da perda direta de animais e plantas ali presentes, ocorre a liberação de gases que contribuem para o aumento do efeito estufa, favorecendo, inclusive, a ocorrência de doenças respiratórias em seres humanos (CHAVES, et al., 2020).

Após o fim das queimadas, ocorre um grande desequilíbrio ecológico, mudança que afeta diretamente todo o bioma. O solo se torna pobre em nutrientes, o que dificulta o desenvolvimento da flora nativa, impactando diretamente na sobrevivência de animais herbívoros, como por exemplo, os veados e capivaras, que além de perder o seu habitat, sofrerão com a falta de alimento e água. (CHAVES, et al., 2020). Além disso, os autores esclarecem que

> Quando uma área é queimada, o solo empobrecido favorece o surgimento de espécies exóticas; invasoras, quem têm mais facilidade para se estabelecer em ambientes degradados. Essas espécies competem com espécies nativas, impedido o seu desenvolvimento, o que dificulta a recuperação dessas áreas. Outro prejuízo é a perda das árvores que, além das suas funções vitais como controle da temperatura, aumento da umidade do ar, controle das chuvas, local de abrigo, moradia e sombra para os animais é também fonte de alimentos (CHAVES, et al., 2020).

Em suma, áreas de conservação, terras indígenas e assentamentos foram reduzidos drasticamente no último ano devido ao fogo naquela região. E a culpa não é só do clima seco: incêndios ilegais são comuns. Uma investigação do governo do estado do Mato Grosso comprovou que a queimada, que devastou um terço da área, foi intencional, motivada pela abertura de pastos para a criação de gado.

De acordo com a ONG Repórter Brasil, parte do fogo que devasta o Pantanal mato-grossense teve origem em fazendas de pecuaristas que vendem gado para o grupo Amaggi, do ex-ministro e ex-senador Blairo Maggi, e para o grupo Bom Futuro, de Eraí Maggi, considerado o maior produtor de soja do mundo. Esses dois grupos empresariais, por sua vez, são fornecedores das gigantes multinacionais JBS, Marfrig e Minerva.

O levantamento da Repórter Brasil se baseou em estudo da ONG Instituto Centro de Vida, que identificou que as queimadas no Mato Grosso começaram em cinco propriedades, a partir da análise cruzada dos focos de calor do INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais), imagens dos satélites Sentinel-2 e Planet e mapeamento das áreas atingidas por incêndios da NASA. O estudo do ICV analisou os focos de incêndio no Mato Grosso entre 1º de julho e 17 de agosto, mas ressalta que a primeira queimada na região começou em 11 de julho. Com base na geolocalização dessas fazendas, a Repórter Brasil usou dados do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e da Secretaria de Estado da Fazenda para identificar os proprietários, bem como documentos para averiguar os compradores de dois desses fazendeiros.

Como podemos observar na figura abaixo, a maior área afetada por incêndios está registrado como imóvel rural no CAR, ou seja, são, em grande maioria, fazendas de pecuaristas.

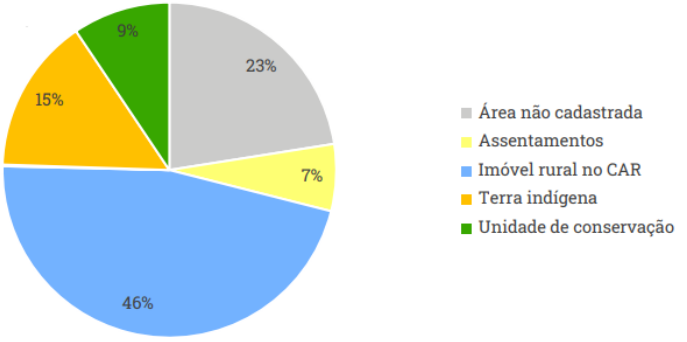


Figura 8- Área de incêndio por categoria fundiária.

Fato é que, mesmo após os incêndios serem controlados, a devastação vai demorar pra ser superada. A vegetação atingida pelo fogo vai diminuir a oferta de alimentos, e com os níveis dos rios baixos, o acesso a água também deve ser

menor. Especialistas estimam que serão necessários até 30 anos para que a fauna da região volte à normalidade.

Portanto, diante de todos esses dados e informações sobre o fogo no Pantanal, é preciso radicalizar, no sentido de ir à raiz do problema: as práticas predatórias do agronegócio, da pecuária extensiva e intensiva, da indústria capitalista, sustentadas pelo racionalismo técnico-científico da modernidade, que em sua projeção desenvolvimentista deu lugar a uma razão calculadora que transformou o mundo natural em cifras, números, *commodities*, atribuindo uma inferiorização radical aos animais não-humanos e devastando as florestas, fatores que estão na base da crise socioambiental da modernidade e que, até mesmo, viabilizaram o surgimento de epidemias e pandemias, como a do COVID-19.

2. O desmonte ambiental do governo Bolsonaro

Apesar do recorde nos registros de incêndios florestais não somente na região do Pantanal, mas em outros biomas importantes no país como a Amazônia, Cerrado e Pampa, o Ministério do Meio Ambiente pode passar por 2021 com o menor orçamento desde 2000.

Conforme Fernandes (2020), o Projeto de Lei Orçamentária Anual (Ploa) para 2021 apresentado pelo Executivo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) podem ter um corte de R$ 126,1 milhões nas suas verbas. Além disso, ele salienta que

> O governo não prevê nenhum centavo para ações do programa de Prevenção e Controle do Desmatamento e dos Incêndios nos Biomas. Em 2020, Ibama e ICMBio tiveram pouco mais de R$128,4 milhões autorizados pelo Palácio do Planalto e outros R$ 5,7 milhões aprovados pelo parlamento para essa finalidade. (FERNADES, 2020)

De acordo com o relatório do Observatório do Clima[7], somente a área de fiscalização ambiental e combate a incêndios florestais teve uma redução de 27,4% na previsão do orçamento, em relação ao que foi autorizado para essa ação em 2020. Em relação a 2019 a queda é ainda maior: 34,5%.

[7] Observatório do Clima. Orçamento do Meio Ambiente é o menor em 21 anos, 2021. Disponível em: http://www.observatoriodoclima.eco.br/orcamento-meio-ambiente-e-o-menor-em-21-anos/. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

Desde o início da gestão Bolsonaro, o desmatamento na Amazônia Legal e a queimada em vários biomas aumentaram exponencialmente. Segundo relatório divulgado pelo Observatório do Clima neste ano (que será mais detalhado a seguir), ao mesmo tempo em que cresciam os crimes ambientais, as multas caíam. O total de autos de infração aplicados pelo Ibama em 2020 também foi o menor em duas décadas: houve queda de 20% na comparação com 2019 e de 35% em relação a 2018.

Diante de muitas críticas, o governo criou a Operação Verde Brasil em 11 de maio de 2020, com militares, para combater os crimes focos de incêndio, desmatamento e garimpo ilegal na região da Amazônia Legal, com orçamento maior que do IBAMA. A ação é liderada pelo vice-presidente, Hamilton Mourão, que confirmou no dia 10 de fevereiro de 2021 o fim da atuação de militares na Amazônia na operação Verde Brasil 2, que se encerra em 30 deste ano.

Desse modo, é justamente nesse cenário apocalíptico, em que não é mais possível postergar decisões que afetarão crucialmente a habitabilidade do planeta, que tomou posse o governo Bolsonaro, cujos discursos ainda em tempo de campanha eleitoral já se alinhavam totalmente aos ideais utilitaristas e extrativistas, onde a Natureza é vista como um grande balcão de negócios.

O ministro do meio ambiente, Ricardo Salles, na reunião ministerial de 22 de abril (cuja gravação foi tornada pública em maio de 2020 por ordem do Supremo Tribunal Federal) afirmou que deveriam aproveitar a pandemia para "*ir passando a boiada*". Nada resume melhor o plano de desmonte ambiental e racionalidade antropocêntrica criticada neste trabalho do que as palavras do próprio ministro, na íntegra:

> A oportunidade que nós temos, que a imprensa tá nos dando um pouco de alívio nos outros temas, é passar as reformas infralegais de desregulamentação, simplificação, todas as reformas, que o mundo inteiro... nessas viagens [a] que se referiu o Onyx [Lorenzoni] certamente cobrou dele, cobrou do Paulo [Guedes], cobrou da Teresa [Cristina], do Tarcísio [de Freitas], cobrou de todo mundo... da segurança jurídica, da previsibilidade, da simplificação, GRANDE PARTE DESSA MATÉRIA SE DÁ EM PORTARIAS E NORMAS DOS MINISTÉRIOS QUE AQUI ESTÃO, INCLUSIVE O DE MEIO AMBIENTE. E que são muito difíceis, e nesse aspecto eu acho que o Meio Ambiente é o mais difícil de passar qualquer mudança infralegal em termos de instrução normativa ou portaria, porque TUDO QUE A GENTE FAZ É PAU NO JUDICIÁRIO NO DIA SEGUINTE. Então PRA ISSO PRECISA TER UM ESFORÇO NOSSO AQUI, ENQUANTO ESTAMOS NESSE MOMENTO DE

> TRANQUILIDADE NO ASPECTO DE COBERTURA DE IMPRENSA, PORQUE SÓ SE FALA DE COVID, E IR PASSANDO A BOIADA. E ir mudando todo o regramento. E simplificando normas, de Iphan, de Ministério da Agricultura, de Ministério do Meio Ambiente, de ministério disso, de ministério daquilo. AGORA É HORA DE UNIR ESFORÇOS PRA DAR DE BACIADA A SIMPLIFICAÇÃO REGULATÓRIA QUE NÓS PRECISAMOS EM TODOS OS ASPECTOS. E deixar a AGU... o André (Mendonça) não tá aí, né? E DEIXAR A AGU DE STAND-BY PRA CADA PAU QUE TIVER, PORQUE VAI TER, essa semana mesmo nós assinamos uma medida a pedido do Ministério da Agricultura, que foi a simplificação da Lei da Mata Atlântica para usar o Código Florestal, hoje já tá nos jornais dizendo que vão entrar com ações judiciais e Ação Civil Pública no Brasil inteiro contra a medida. Então pra isso nós temos de estar com a artilharia da AGU preparada para cada linha que a gente avança ter uma coisa. Mas tem uma lista enorme em todos os ministérios que têm papel regulatório pra simplificar. NÃO PRECISAMOS DE CONGRESSO. Porque coisa que precisa de Congresso também, nesse fuzuê que tá aí, nós não vamos conseguir aprovar. AGORA, TEM UM MONTE DE COISA QUE É SÓ PARECER, CANETA, PARECER, CANETA. Sem parecer também não tem caneta, porque dar canetada sem parecer é cana. Isso aí vale muito a pena." (grifos nossos).[8]

Vale destacar que a destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, acelerada pelo governo de Jair Bolsonaro, gera condições propícias para que o país seja o foco das próximas pandemias zoonóticas. Isto porque não é somente nos mercados molhados, como o de Wuhan, na China, onde se mantém animais silvestres e domesticados em condições insalubres e cruéis, que se encontram condições propícias ao desenvolvimento de patógenos nocivos (SILVA, 2020). Segundo Lapola (2020), se levarmos em consideração somente o coronavírus (nas suas variadas formas), tem-se a floresta amazônica brasileira como o maior repositório do mundo.

A eliminação de boa parte dos ecossistemas para criação de pastos e zonas de monocultura agrícola, aproxima de forma descontrolada animais silvestres de centro urbanos e de populações humanas (WALLACE, 2020). A destruição das florestas aumenta o risco de seres humanos entrarem em contato com animais hospedeiros de vírus que podem causar doenças desconhecidas, como a COVID-

[8] Observatório do Clima. Orçamento do Meio Ambiente é o menor em 21 anos, 2021. Disponível em: http://www.observatoriodoclima.eco.br/orcamento-meio-ambiente-e-o-menor-em-21-anos/. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

19. A bióloga Paula Prist, do Laboratório de Ecologia da Paisagem e Conservação da Universidade de São Paulo (USP), narra que "*pode-se dizer que todas (zoonoses) se deram em razão da degradação do meio ambiente*" (ANDRADE, 2020).

No dia 22 de janeiro de 2021, o Observatório do Clima lançou o relatório "Passando a Boiada", [9]que analisa o segundo ano de desmonte ambiental do governo de Jair Bolsonaro, com dados de 2020. E mostra que as promessas feitas pelo atual presidente na campanha eleitoral de 2018 — de acabar com o ativismo ambiental e fechar o Ministério do Meio Ambiente (MMA) estão sendo cumpridas à risca. Abaixo, destaques do relatório:

- Análise histórica de todo o orçamento disponível (obrigatório e discricionário) para a área ambiental (MMA e entidades vinculadas) revela que os gastos previstos para 2021 (R$ 1,72 bilhão) são os menores em duas décadas.
- Análise do Ploa (Projeto de Lei Orçamentária Anual) encaminhado pelo governo ao Congresso mostra queda de 27,4% no orçamento federal para fiscalização ambiental e combate a incêndios florestais na comparação com o que foi autorizado em 2020. A queda é maior em relação a 2019: 34,5%.
- O orçamento proposto para 2021 reafirma a estratégia da atual gestão de continuar sufocando a fiscalização do Ibama e, na prática, acabar com o ICMBio: houve corte de 61,5% dos recursos previstos especificamente para criação e gestão de unidades de conservação na comparação com o orçamento autorizado em 2018.
- O total de multas aplicadas pelo Ibama em 2020 também foi o menor em duas décadas: houve queda de 20% na comparação com o ano anterior e de 35% em relação a 2018 (governo Temer).
- O novo aumento do desmatamento — 9,5% em 2020, depois de ter subido 34% em 2019 — coincide com uma queda de 42% das multas por infrações contra a flora nos nove Estados da Amazônia Legal.
- O discurso antiindígena repercutiu no campo, especialmente na Amazônia: as invasões de terras indígenas cresceram 135% em 2019. Foram registrados 256 casos, segundo o Conselho Indigenista Missionário.

[9] Observatório do Clima. Orçamento do Meio Ambiente é o menor em 21 anos, 2021. Disponível em: http://www.observatoriodoclima.eco.br/orcamento-meio-ambiente-e-o-menor-em-21-anos/. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

- Pelo menos 18 pessoas foram assassinadas em conflitos no campo em 2020, de acordo com levantamento da Comissão Pastoral da Terra.

Dessa forma, se já não bastasse o desmonte ambiental nos dois primeiros anos de governo, o orçamento proposto pelo governo para o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e órgãos vinculados para 2021 é o mais baixo desde o fim do século passado, o que abre campo para que conhecidas e desconhecidas zoonoses se alastrem entre humanos.

Pinto (2020) compara que todos os nove Estados da Amazônia Legal sofreram incremento do desmatamento entre 2018 e 2019. Em 2020, três desses Estados registraram recorde no aumento das derrubadas de floresta desde 2008. Esses números podem indicar que o crescimento da destruição das florestas amazônicas deverá continuar pelos próximos dois anos, até o final do mandato do presidente Jair Bolsonaro. O autor apresenta alguns números:

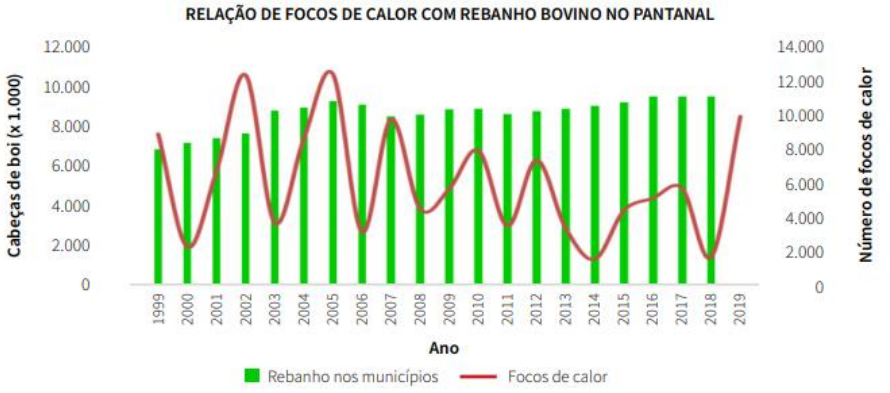
> Em 2018 o Pará perdeu mais 2.668 quilômetros quadrados de floresta nativa. No ano passado (2019), essa perda subiu para 4.462 km2. Em Mato Grosso, o 2º do ranking, a destruição passou de 1.363 para 1.780 km2 no mesmo período. A relação foi de 1.062 para 1.556 km2 no Amazonas; de 1.225 para 1.400 em Rondônia; de 461 para 706 no Acre; de 129 para 543 em Roraima; de 92 para 188 no Maranhão; de 23 para 39 no Amapá; e de 6,65 para 9,95 km2 no Tocantins. A soma desse incremento em 2018 foi de 6.233 km2. Em 2019, 10.162 km2 (PINTO: 2020).

Os acréscimos de desmatamento refletem as palavras de ordem do presidente Jair Bolsonaro e do seu ministro Ricardo Salles. Pinto (2020) destaca uma preocupação mais aguda com o Amazonas, o maior Estado da federação, com quase 20% da área do Brasil. Os incrementos de derrubadas em oito anos, de 2008 a 2015, somaram 3.893 km2. Em quatro anos, entre 2016 e 2019, o total foi de 4.559 km2. Nesses últimos quatro anos, a média esteve sempre acima de mil quilômetros quadrados. Pela primeira vez na história amazonense. Com isso, o Amazonas, que até os anos 1990 estava livre dessa ameaça, se tornou o quarto mais desflorestado, atrás apenas de Pará, Mato Grosso e Rondônia. E conclui que *"a floresta amazônica está mais ameaçada do que nunca"*.

Como já salientamos, em 2020, cerca de 40% do Pantanal foi destruído pelo fogo. O Brasil perdeu quase um terço do bioma enquanto ministros e o presidente Bolsonaro tentavam negar a gravidade das queimadas e convencer a população de que elas estariam associadas à retirada de gado da região.

Chegamos ao ponto de ouvir que o boi seria um "bombeiro do Pantanal" ao comer a massa orgânica que serve de combustível durante o período de seca. Já se sabe que isso não faz sentido algum. Conforme estudo divulgado pela BBC[10], na verdade, o rebanho bovino aumentou 38% nos municípios do Pantanal, de 1999 a 2018. Já a cobertura de vegetação caiu 10% e a área de pastagem exótica cresceu 64% sobre áreas naturais no mesmo período, apesar da alegação de que um suposto modelo de preservação teria retirado o pantaneiro e o gado da região nas últimas décadas.

Abaixo, um gráfico que mostra a relação de focos de calor com rebanho bovino no Pantanal.



Fonte: *IBGE – Pesquisa Pecuária Municipal (22 municípios de MT e MS) / Inpe – Focos de calor no bioma Pantanal*

Apesar do discurso oficial negacionista, um relatório apresentado na Câmara dos Deputados relacionou as queimadas no Pantanal a "ações humanas criminosas" e "condutas estatais no mínimo ímprobas". Investigações da Polícia Federal também apontaram fazendeiros como responsáveis pelo início do fogo, e não a falta de boi (embora ninguém tenha sido punido até dezembro).

3. Antropocentrismo, Ética Vegana e Direito Animal

[10] SHALDERS, André. Por que a teoria do 'boi bombeiro' no Pantanal, citada por Salles e Tereza Cristina, é mito. BBC NEWS, 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54199255. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

Lamentavelmente, o Pantanal, assim como outros importantes biomas, enfrenta sérios problemas quando se trata da sua preservação, grande parte devido a agropecuária extensiva. Esse tipo de atividade necessita de uma extensa área de pasto. Em razão disso, imensas áreas foram desmatadas, o que contribui para o desgaste e redução da fertilidade do solo, para o aquecimento global, compromete a biodiversidade, entre outros impactos.

Os impactos vão além do desmatamento, pois cada um desses animais precisa de determinada quantidade de terra, água, alimento e energia, produz quantidade expressiva de dejetos e emite, direta e indiretamente, poluentes que serão dispersados pelo solo, ar e água. O excessivo uso de água para consumo dos animais e irrigação dos pastos faz da pecuária a maior consumidora de água do mundo.

Oportuno frisar que apesar de sermos sete bilhões de seres humanos, todos os anos criamos e abatemos mais de setenta bilhões de animais terrestres e muito mais animais aquáticos para consumo. Somente no Brasil, são quase seis bilhões de animais terrestres abatidos por ano segundo o IBGE (2014).

Nesse contexto, se faz necessário um breve estudo crítico sobre o paradigma antropocêntrico, que se resume na ideia da superioridade humana em relação aos demais seres do universo, constituindo-nos como o centro da Terra e, portanto, com direito arbitrário e exclusivo de explorar e assassinar todos os seres que estão abaixo da espécie humana, em especial os animais não-humanos, seja para consumo, entretenimento, vestuário, experimentação científica, utensílios etc.

O antropocentrismo, apesar de ganhar força na Europa no fim da Idade Média, modelando a estrutura de expressão cultural, científica, filosófica e religiosa da Modernidade, pode ser encontrado desde antes da era cristã, com o que se costuma chamar de antropocentrismo teleológico (finalista), que significa dizer que o mundo e tudo que nele habita foi criado para o uso e benefício do ser humano. Eis o homem nessa visão de mundo: o centro de todas as ações.

Como relata Ludolf (2019),

> a problemática é profunda e tem raízes na Grécia Antiga, tendo como representante maior Aristóteles e sua "Grande Cadeia do Ser", que colocou os seres humanos num patamar superior, abençoados com a racionalidade, e negou aos animais capacidades que consequentemente poderiam lhe conceder direitos. A finalidade do animal era unicamente servir o homem. Também os romanos, com a dicotomia pessoa/coisa, tão cara ao Direito e que ainda é base de diversos sistemas jurídicos contemporâneos

> contribuíram para este centramento, reproduzindo que os animais seriam coisas, situadas no âmbito do direito de propriedade. Na tradição judaico-cristã, encontra-se também raízes, que com a doutrina agostiniana e a filosofia tomista reforçaram a coisificação dos animais, afirmando que o mandamento "não matarás" não se aplica aos animais. Chegando-se até a modernidade, da renascença ao racionalismo clássico e o mecanicismo cartesiano, culminando, em síntese, com o pensamento do filósofo Immanuel Kant, que influencia especialmente o Direito e suas conceituações jurídico-constitucionais da dignidade da pessoa humana, colocando-o como "fim em si mesmo" em todas as relações, apenas com deveres indiretos com os animais não-humanos, já que, nesta visão, eles não possuem autoconsciência e existem meramente como meios para um fim. Esse fim é o homem. (LUDOLF, 2019, p. 36).

Aprofundando ainda mais nesse paradigma, nada melhor para se conhecer a relação do homem com o mundo natural do que a obra do autor Keith Thomas (1988), chamada O Homem e o Mundo Natural – Mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800) que, ao estudar a sociedade inglesa desse período, dissipou o preconceito de que antes da industrialização o homem dava mais valor à natureza, demonstrando que, ao contrário, somente quando a fauna e a flora foram dizimadas é que o homem passou a valoriza-los.

Keith Thomas demonstra, de maneira muito precisa e para nosso pesar, com uma vasta citação de escritores, poetas, jornalistas, teólogos e filósofos daquela época, a gritante indiferença moral do homem com os animais e a natureza. O comportamento das pessoas no período e região pesquisados buscava enfatizar a diferença com os animais, pois esses eram vistos como coisas inferiores, e o homem para demonstrar sua superioridade devia se portar na sociedade de maneira bem diversa, desde o vestir, ao andar, ao falar, ao dançar, ao comer e até mesmo na higiene pessoal. Na verdade, não havia dúvidas para a religião, a ciência e a filosofia predominantes de que os animais eram meros objetos de servidão para os seres humanos. Narra Thomas:

> No caso dos animais, a crueldade mais corrente, no início do período moderno, era a INDIFERENÇA. Para a maioria das pessoas os bichos estavam fora dos termos de referência moral. (...) Um bom exemplo de como as pessoas estavam acostumadas a tirar a vida animal encontramos no diário do estudante T. Isham (1670). Seu pequeno diário registra uma infinidade de matanças de galos, abate de bois, afogamento de filhotes de cães. (...) caçada a lebres, captura de martas em armadilhas, morte de pardais a pedradas e castrações de touros. (THOMAS, 1998)

Fato é que desde aquela época narrada por Keith Thomas, centenas de anos se passaram e as sociedades modernas e seus sistemas jurídicos continuam

seguindo a mesma lógica de dominação, baseadas na ética antropocêntrica e utilitarista, que organiza a apropriação da Natureza e a converte num balcão de negócios, ignorando seus valores intrínsecos. Antropoceno, capitaloceno, colonialoceno, ecocídio, são conceitos críticos que tem apontado para um senso de urgência e rompimento com essa lógica da Modernidade, que exponencia a dominação e exploração de seres humanos e não-humanos.

Nesse sentido, atualmente, a pecuária (produção e exploração de animais terrestres e aquáticos para consumo humano) é uma das principais fontes de degradação ambiental por exigir o uso de áreas extensas e um grande volume de recursos naturais e energéticos, além de gerar bilhões de toneladas de resíduos sólidos, líquidos e gasosos. Um relatório das Nações Unidas[11] reconhece o problema e adverte que "o impacto da pecuária sobre o ambiente é imenso", e "precisa ser tratado com urgência". O trabalho da FAO deixou claro que a criação de animais para consumo humano é um dos principais responsáveis por quase todas as crises ambientais atuais, como destruição de florestas, desertificação, perda de biodiversidade, escassez de água doce, poluição da água e erosão do solo (SVB, 2015).

A agropecuária está entre as atividades de maior emissão de gases. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem recomendado a mudança para uma dieta sem carnes e laticínios como forma de reduzir o aquecimento global. Os alimentos de origem animal, tanto carnes quanto laticínios, requerem mais recursos e causam mais emissões do que alternativas à base de vegetais. A agropecuária produziu, em 2017, 972 milhões de toneladas de CO2, sendo que a pecuária sozinha gerou 423 milhões de toneladas. Em contrapartida, a agricultura familiar, que produz alimentos diretamente para humanos, produziu 71 milhões de toneladas.[12]

Não se trata somente de CO2 (dióxido de carbono), a agropecuária é responsável também pela emissão de outros gases ainda mais poluentes, como:

---

[11] Steinfeld H, Gerber P, Wassenaar T, Castel V, Rosales M, de Haan C. (2006). Live stock's long shadow: Environmental issues and options. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Roma, Itália.

[12] CANIÇALI, Daniela. Semana do Meio Ambiente: 'Nossa dieta está levando o planeta à ruína' UFSC, 2019. Disponível em: https://noticias.ufsc.br/2019/06/semana-do-meio-ambiente-nossa-dieta-esta-levando-o-planeta-a-ruina/. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

> amônia ou NH3, o metano ou CH4, o nitroso N2O, o hexafluoreto de enxofre ou SF6, os hidrofluorcarbonos ou HFCs e os perfluorocarbonos ou PFCs (gases emitidos pela atividade antrópica e controlados pelos acordos climáticos internacionais). Esses gases elevam a temperatura do ar, do solo e dos oceanos. Seus efeitos formam a estufa sob a qual padecem os animais e as plantas no calor das secas e queimadas (fogo), no frio das nevascas (gelo), nas enchentes e avalanches de lamas que se deslocam de modo aterrador e a tudo arrastam (água e terra), e no embate dos furacões e tufões (ar). A dieta onívora devora, irrita e inflama, definitivamente, os elementos que constituem o planeta que habitamos de modo temporário. Quando reagem furiosamente a tantas agressões, é quando eles são, finalmente, notados, com assombro. Entretanto, as águas, o éter, o ar, a terra e o fogo são os residentes originais da Terra. Sem sua acolhida, o condomínio da vida biodiversificada não teria sido possível (FELIPE, 2018, p.10).

Ainda sobre as emissões, oportuno frisar que o ano de 2020 não será demarcado tão somente pela pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 - que colocou em evidência a fragilidade do capitalismo e o risco de enormes consequências globais da criação e consumo de animais - mas também pelo descumprimento dos modestos acordos internacionais de redução de emissões de gases de efeito estufa.

Segundo Marques (2020), a ciência condiciona a possibilidade de estabilizar o aquecimento médio global dentro, ou não muito além, dos limites almejados pelo Acordo de Paris a um fato incontornável: as emissões de CO2 devem atingir seu pico em 2020 e começar a declinar fortemente em seguida. Todavia, 2020 chegou, e na maioria dos casos a ação foi insuficiente ou o progresso foi nulo, em grande parte por culpa dos governos dos EUA, Japão, Austrália e Brasil.

Além deste irracional custo ambiental, esta prática humana de procriar artificialmente animais não-humanos sencientes, confinar, matar, desmembrar e deglutir, foi responsável por 70% das novas doenças que infectam seres humanos desde 1940, segundo relatório emitido em 2013 pela FAO/ONU. Não apenas os animais exóticos e silvestres, como pangolins, civetas e morcegos, mas também aqueles objetificados em animais de produção, como bovinos, suínos e aves.

Tais consequências demonstram que se os repositórios naturais destes vírus são animais não-humanos, a prática de criação e consumo de animais (apropriadíssimas para se produzir epidemias e pandemias) é de escolha política do animal humano, com consequências globais, que precisam ser repensadas com urgência. Até porque não é a primeira vez que uma pandemia (Covid19) é

zoonótica, ou seja, iniciada pela transmissão de animal não humano para humano, especialmente pela prática de criação e consumo de animais aliada ao desmatamento, vide a doença da vaca louca, a gripe suína, a gripe aviária, dentre outros. Milhares de humanos e não-humanos tem sofrido as danosas consequências deste modelo industrial de exploração animal e devastação das florestas.

Dessa forma, a pandemia do COVID-19 colocou ainda mais em evidência o risco de enormes consequências globais da criação e consumo de animais e da acelerada perda florestal. À medida que se promove o desmatamento aumenta-se o risco de micro-organismos – até então em equilíbrio – migrarem para o cotidiano humano e fazerem vítimas. A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, por exemplo, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, acelerada pelo atual governo brasileiro de Jair Bolsonaro, torna possível que o país seja o foco das próximas pandemias zoonóticas.

As florestas têm um papel fundamental na proteção de todas as espécies do nosso planeta. As árvores ajudam a controlar as temperaturas extremas e os desastres naturais – elas absorvem e armazenam carbono da atmosfera, mantêm nossas fontes de água intactas, preservam a cobertura da terra e o solo superficial e fornecem fontes de alimento e refúgio para uma abundância de espécies, incluindo a nossa. As árvores são essenciais para um ecossistema florestal saudável e em funcionamento, mas os patógenos que são agentes de doenças também são. E, na natureza, esse é o equilíbrio ecológico frágil, mas intrínseco, que sustenta o nosso mundo (SCHAITZA, 2020).

Para além dos humanos, o pleito de consideração ética com os animais não humanos e, consequentemente, de reconhecimento de direitos, apesar de antigo, vem se tornando cada dia mais relevante em vários sistemas jurídicos, já se encontrando (no seu campo teórico) consolidado em alguns países e noutros em vias de se consolidar. Fatores como pesquisas científicas que categorizaram os animais como seres sencientes, denúncias massivas de maus-tratos expostas por organizações de defesa animal e a expansão acelerada da ética vegana são exemplos que vêm contribuindo para o debate acerca da ampliação da comunidade moral para os animais não-humanos.

No Brasil, por exemplo, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito Animal foi consagrado como questão constitucional, tendo como marco inicial para sua autonomia científica a regra da proibição da crueldade insculpida

no inciso VII do §1º do art. 225. Ao proibir práticas cruéis, a Constituição brasileira considerou notadamente os animais não-humanos como seres importantes por si próprios, com fins em si mesmos, ou seja, reconheceu, implicitamente, a dignidade animal. Tal atributo já fora até mesmo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do caso da vaquejada.

Além disso, essa nova ciência jurídica, o Direito Animal, já é considerada como disciplina jurídica separada do Direito Ambiental, embora compartilhem regras e princípios. No mesmo julgado acima, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que:

> A vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie (STF, Pleno, ADI 4983, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 06/10/2016, publicado em 27/04/2017).

Deste importante dispositivo Constitucional (Artigo 225, §1º, VII), autores como Ataíde Junior (2020) têm elaborado propostas de princípios jurídicos do Direito Animal, como, por exemplo, o Princípio da Dignidade Animal, que considera que os animais não humanos são importantes como indivíduos sencientes, com dignidade própria, visando um estado de coisas a ser promovido que é o redimensionamento do status jurídico dos animais não-humanos, de coisas para sujeitos.

A nova ciência jurídica do Direito Animal se trata de entendimento pós-humanista, rompendo com a dignidade kantiana humanocentrada e com o dualismo cartesiano entre humanos e natureza, vez que compreende que o animal não-humano senciente interessa como indivíduo, dotado de dignidade própria e, a partir disso, como sujeito do direito fundamental à existência digna, a salvo de práticas cruéis.

Nesse contexto, Ética Animal, Direito Animal e Veganismo Interseccional, que, como diz o nome, intersecciona o veganismo e os Direitos Animais com as mais diversas lutas contra a opressão, são bases importantes neste

trabalho para demonstrar o avanço do debate acerca da ampliação da comunidade moral para os animais não humanos e da necessidade do rompimento com o modelo capitalocêntrico e especista da Modernidade, que deram uma dimensão de coisa, de propriedade e de objeto a seres cuja natureza deu a graça da vida, com graves prejuízos a própria espécie humana.

Importante ressaltar que a atual pandemia do COVID-19 colocou ainda mais em evidência a relação intrínseca entre exploração animal humana e não-humana. O elevado número de trabalhadores contaminados pelo covid-19 no setor de frigoríficos, já conhecido pela precarização do trabalho e exploração de indivíduos subalternizados, reforça que a lógica capitalista se sustenta na exploração, adoecimento e morte de animais humanos e não-humanos, sendo necessário um alinhamento da luta pelo fim das diversas opressões a partir de novos caminhos, não-antropocêntricos, um novo pacto da humanidade com a natureza.

A ética vegana não pode mais ser considerada como discurso meramente idealista ou apresentada como um indulto a moralidade, mas sim como exigência de saúde pública global e como um movimento político antiespecista e anticapitalista que vincula a abolição das opressões humana e não humana, de forma integrada.

O veganismo compreendido como um projeto de justiça social incorpora não somente a expressão dos valores que orientam pessoas ou grupos, mas também a ideia de responsabilidade compartilhada, atribuída ao modelo de vida adotado por cada um de nós e sua repercussão sobre todos e todas. Através dessa perspectiva, podemos perceber que, para que seja possível um veganismo crítico ou interseccional, é necessário assumirmos os valores antiespecistas expressos nessa concepção, mas também defender uma concepção de veganismo mais ampla e complexa, que nos comprometa com o sentido público. Nessa direção, o veganismo enquanto potência crítica, nos permite também a adoção de um olhar cuidadoso para as injustiças que operam de modo a produzir desigualdades de oportunidades e escolhas, assumindo para si um conceito de responsabilidade capaz de considerar as desigualdades e privilégios que marcam as trajetórias dos indivíduos de diferentes formas (OLIVEIRA, 2018).

Em que pese a cultura da carne ser algo central em nosso sistema socioeconômico, símbolo de um processo civilizatório baseado na propriedade e na crença da superioridade humana sobre todas as outras formas de vida, se faz

necessário mudanças pessoais e coletivas libertárias aos animais, até mesmo por questões de sobrevivência, ante o cenário de colapso ambiental atual.

Destaca Oliveira (2018)

> a necessidade de projetarmos uma ética-política animalista que integre mudanças radicais nas estruturas sociais que promovam condições materiais e culturais para o exercício da autonomia e liberdade sem a exploração do outro. A adoção por um estilo de vida sem exploração de animais humanos e não-humanos é não somente a melhor, mas a única resposta moral possível. Para alcançar este ideal, urge combater os privilégios distribuídos de forma desigual na sociedade, que precisam ser considerados sob o ponto de vista da ética animal. (OLIVEIRA, 2018).

Desse modo, se pretendeu com tais aportes epistêmicos reelaborar um projeto de justiça comprometido com o fim da opressão humana e não-humana, rompendo com as desigualdades oriundas de opressões estruturantes que afetam especialmente os seres mais vulneráveis. Tais reflexões que interseccionam vozes sofridas de diferentes corpos humanos e não-humanos são necessárias para que se amplie o olhar acerca do significado de justiça social e de um ensino que seja libertário das opressões.

CONCLUSÃO

A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal, foi acelerada pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro, cujos discursos ainda em tempo de campanha eleitoral já se alinhavam totalmente aos ideais utilitaristas e extrativistas, onde a Natureza é vista como um grande balcão de negócios. Seu ministro do meio ambiente, Ricardo Salles, na reunião ministerial de 22 de abril (cuja gravação foi tornada pública em maio de 2020 por ordem do Supremo Tribunal Federal) afirmou que deveriam aproveitar a pandemia do COVID-19 para *"ir passando a boiada"*, confirmando o plano de desmonte de órgãos ambientais, que tem relação direta com o fogo nas florestas.

Em 2020, os incêndios no Pantanal foram os piores já registrados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) desde 1998. Foram 22.119 focos de queimadas, cerca de 120% a mais que no ano anterior. Apesar do recorde nos registros de incêndios florestais não somente na região do Pantanal, mas em outros

biomas importantes no país como a Amazônia, Cerrado e Pampa, o Ministério do Meio Ambiente pode ter em 2021 o menor orçamento desde 2000, segundo o Projeto de Lei Orçamentária Anual (Ploa) para 2021 apresentado pelo Executivo. O IBAMA e o ICMBIO podem ter um corte de R$ 126,1 milhões nas suas verbas. Além do mais, o governo não prevê nenhum centavo para ações do programa de Prevenção e Controle do Desmatamento e dos Incêndios nos Biomas. Tudo isso num cenário de colapso ambiental, em que não é mais possível postergar decisões que afetarão crucialmente a habitabilidade do planeta.

A agropecuária, estruturada numa racionalidade antropocêntrica e utilitarista, está entre as atividades de maior emissão de gases. Não somente de CO2 (dióxido de carbono), mas também de outros gases ainda mais poluentes, como o gás amônia ou NH3, o metano ou CH4, o nitroso N2O, o hexafluoreto de enxofre ou SF6, os hidrofluorcarbonos ou HFCs e os perfluorocarbonos ou PFCs. Portanto, a mudança pessoal e o incentivo governamental para uma dieta sem carnes e laticínios é uma forma de reduzir o aquecimento global e outros impactos, vez que os alimentos de origem animal requerem mais recursos e causam mais emissões do que aqueles à base de vegetais. A agropecuária produziu, em 2017, 972 milhões de toneladas de CO2, sendo que a pecuária sozinha gerou 423 milhões de toneladas. Em contrapartida, a agricultura familiar, que produz alimentos diretamente para humanos, produziu 71 milhões de toneladas.

Desse modo, é preciso radicalizar, no sentido de ir à raiz do problema: as práticas predatórias do agronegócio, da pecuária intensiva, da indústria capitalista, sustentadas pelo racionalismo técnico-científico da Modernidade que em sua projeção desenvolvimentista deu lugar a uma razão calculadora que transformou o mundo natural em cifras, números, *commodities*, atribuindo uma inferiorização radical aos animais não-humanos e devastando suas florestas, fatores que estão na base da crise socioambiental da Modernidade e que, até mesmo, viabilizaram o surgimento de epidemias e pandemias, como a do COVID-19.

Em que pese a cultura da carne ser algo central em nosso sistema socioeconômico, símbolo de um processo civilizatório baseado na propriedade e na crença da superioridade humana sobre todas as outras formas de vida, se faz necessário mudanças pessoais e coletivas libertárias aos animais, sobretudo ante o cenário de colapso ambiental. Mesmo porque, existe uma correlação intrínseca entre exploração animal humana e não-humana, vide o elevado número de trabalhadores contaminados pelo COVID-19 no setor de frigoríficos, já conhecido pela precarização do trabalho e exploração de indivíduos

subalternizados, o que evidencia que a lógica capitalista se sustenta na exploração, adoecimento e morte de animais humanos e não-humanos.

Nesse contexto, a Ética Vegana e o Direito Animal (não somente) são instrumentos importantes para a ampliação da comunidade moral para os animais não-humanos e o rompimento com o modelo antropocêntrico-especista da Modernidade tão marcado por desigualdades e opressões, que deu uma dimensão de coisa, de propriedade e de objeto a seres cuja natureza deu a graça da vida, com graves prejuízos a própria espécie humana.

O Direito Animal colabora, por exemplo, ao extrair da própria Constituição Federal (Artigo 225, §1º, VII) o Princípio da Dignidade Animal, que considera que os animais não-humanos são importantes como indivíduos sencientes, com dignidade própria, visando um estado de coisas a ser promovido que é o redimensionamento do status jurídico dos animais não-humanos, de coisas para sujeitos, impondo ao Poder Público e à coletividade comportamentos que respeitem esse novo status.

A Ética Vegana, na perspectiva Interseccional, que vincula a abolição das opressões humana e não-humana de forma integrada, se mostra fundamental para a saúde pública global e para a construção de uma sociedade *mais-que-humana*. Como se viu, 70% das novas doenças que infectam seres humanos desde 1940 decorrem da criação e consumo de animais e diminuição das florestas. Vide a COVID19, a doença da vaca louca, a gripe suína, a gripe aviária e outras.

Inúmeros humanos e não-humanos tem sofrido danosas consequências deste modelo industrial de exploração animal e devastação das florestas. Os povos originários têm sofrido (e resistido) há 500 anos por não participarem da lógica moderna do desenvolvimento e do progresso. As violências deste modelo, reforçado pelo atual governo de Jair Bolsonaro e evidenciado nas queimadas recorde no Pantanal, num tempo em que não é mais possível postergar decisões que afetarão crucialmente a habitabilidade do planeta, pode fazer com que mais pessoas e setores percebam que a luta por uma sociedade mais justa deve passar necessariamente pelo fim da opressão humana e não-humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Da floresta para as cidades: Degradação ambiental pode favorecer emergência de vírus desconhecidos e

desencadear pandemias como a do novo coronavírus. Revista Pesquisa FAPESP, 2020. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/da-floresta-para-as-cidades/. Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

ATAIDE JUNIOR. Vicente. Princípios do Direito Animal Brasileiro. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.106 -136, Jan-Jun 2020.

CAMARGOS, Daniel; CAMPOS, André. Fogo no Pantanal mato-grossense começou em fazendas de pecuaristas que fornecem para gigantes do agronegócio. Repórter Brasil, 2020. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2020/09/fogo-no-pantanal-mato-grossense-comecou-em-fazendas-de-pecuaristas-que-fornecem-para-gigantes-do-agronegocio/. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

CHAVES, T. PEREIRA, et al. Pantanal, tudo fica bem quando o fogo se apaga? Rio de Janeiro: Revista Sustinere. V. 8, n. 2, p. 592-606, jul-dez, 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/sustinere/article/view/56009/36483. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

FELIPE, Sônia T. Carnelatria: escolha omnix vorax mortal: implicações éticas animais e ambientais da produção, extração e do consumo de carnes. São José/SC: Ecoânima, Ed. da Auora, 2018.

FERNANDES, Augusto. Incêndios no Pantanal cresceram 210% neste ano, mostram dados do Inpe. Correio Braziliense, 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4875186-incendios-crescem-210--no-pantanal.html#:~:text=O%20governo%20n%C3%A3o%20prev%C3%AA%20nenhum,pelo%20parlamento%20para%20essa%20finalidade. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

LAPOLA, David. Futuras pandemia poderão começar no Brasil. Folha de São Paulo (online), 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/05/futuras-pandemias-poderao-comecar-no-brasil.shtml. Acesso em: 12 de dezembro. 2020.

LUDOLF, Rafael V. Exportação de Gado Vivo No Brasil: Uma Proposta Para Garantia da Regra Constitucional da Proibição da Crueldade contra os Animais sob a Ótica do Direito Animal. 2019. Dissertação. UFF. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.xhtml?popup=true&id_trabalho=7706470. Acesso em: 12 de dezembro. 2020.

MARQUES, Luiz. A pandemia incide no ano mais importante da história da humanidade. Serão as próximas zoonoses gestadas no Brasil? Portal Unicamp, 2020. Disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp//index.php/noticias/2020/05/05/pandemia-incide-no-ano-mais-importante-da-historia-da-humanidade-serao-proximas. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

OLIVEIRA, Fabio A. G. O lugar do cuidado na construção de um veganismo crítico-interseccional. In. DIAS, Maria Clara; OLIVEIRA, Fabio A. G. (org). Ética Animal: Um Novo Tempo. Editora Livros Ilimitados, 2018. Pp. 33-53.

PINTO, Lúcio Flávio. Bolsonaro ameaça floresta. Amazônia Real, 2020. Disponível em: https://amazoniareal.com.br/bolsonaro-ameaca-floresta/#:~:text=Todos%20os%20nove%20Estados%20da,derrubadas%20de%20floresta%20desde%202008.&text=A%20soma%20desse%20incremento%20em,Em%202019%2C%2010.162%20km2. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

SCHAITZA, Renata. Como o desmatamento está ligado às pandemias. Animal Equality, 2020. Disponível em: https://animalequality.org.br/blog/como-o-desmatamento-esta-ligado-as-pandemias/#:~:text=A%C3%A7%C3%B5es%20humanas%2C%20como%20desmatamento%2C%20invas%C3%A3o,para%20outra%20e%20para%20n%C3%B3s.&text=No%20Brasil%2C%20o%20principal%20respons%C3%A1vel,da%20Amaz%C3%B4nia%20%C3%A9%20a%20pecu%C3%A1ria.. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

SILVA, Allan Rodrigo de Campos. *A pandemia e o agronegócio no Brasil. 2020a.* Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-pandemia-e-o-agronegocio-no-brasil/ Acesso em: 30 jan. 2021

SILVEIRA, Daniel. Área queimada no Pantanal em 2020 supera em 10 vezes a área de vegetação natural perdida em 18 anos, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/09/24/pantanal-bioma-mais-preservado-ate-2018-perdeu-ao-menos-10-vezes-mais-area-em-2020-que-em-18-anos.ghtml. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

SOCIEDADE VEGETARIANA BRASILEIRA. Comendo o Planeta: Impactos Ambientais da Criação e Consumo de Animais. 3ª edição. Vesper AMB, 2015. Disponível em: https://www.svb.org.br/livros/comendo_o_planeta.pdf. Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

THOMAS, Keith. O homem e o mundo natural – mudanças de atitude em ralação às plantas e aos animais (1500-1800). São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

WALLACE, Rob. Pandemia e agronegócio: doenças infecciosas, capitalismo e ciência. Tradução: Allan Rodrigo de Campos Silva. Editora Elefante & Igrá Kniga, São Paulo, 2020.

SUSTENTABILIDADE ESTRUTURAL: o caso dos criadouros de jacaré na reserva extrativista Lago do Cuniã, no Estado de Rondônia, Brasil

Gúnila Coelho da Silva Alves
Doutoranda do curso de Pós-Graduação em Sociologia e Direito
Universidade Federal Fluminense (PPGSD–UFF)
gunila2011@hotmail.com

Ana Maria Motta Ribeiro
Professora Associada da Departamento de Sociologia e do PPGSD-UFF
anamotaribeiro@hotmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: A Comunidade da Reserva Extrativista do Lago do Cuniã, no Estado de Rondônia, Brasil, registra histórias de lutas por seu território, onde se alternam formas de domínio e de colonização territorial, traduzindo as tradicionalidades enquanto espaços de disputa, onde a estratégia de unidades de conservação de usos sustentável também apresenta leituras controversas. Esse artigo pretende demonstrar esse processo através de pesquisa empírica realizada em 2016 e 2017. Num primeiro momento abarcaremos o histórico de disputa territorial local, tanto pelos modelos de ocupação como pelas estratégias estatais de modelagens conservacionistas. Num segundo momento, abordaremos a implantação de unidade de conservação de uso sustentável, centrada na criação de jacarés para consumo alimentar e mercado de couro. Trata-se de demanda paulatinamente elaborada pela comunidade de local, como resposta estrutural à diversos contextos, que perpassam elementos materiais, políticos e simbólicos, um modelo comunitário que tem avançado para um tipo específico de gerenciamento da floresta com manejos adequados para o tipo de reserva extrativista e seu entorno, com base nos princípios de respeito ecológico e a percepção ambiental de um trabalho sustentável.

Palavra-chave: Conflitos socioambientais; Unidades de conservação; Amazônia; Populações tradicionais; Lago do Cuniã.

Abstract: The Lago do Cuniã Extractive Reserve Community, in the State of Rondônia, Brazil, records stories of struggles over its territory, where forms of dominance and territorial colonization alternate, translating traditionalities as

spaces of dispute, where the strategy of units of conservation of sustainable uses also presents controversial readings. This article intends to demonstrate this process through empirical research carried out in 2016 and 2017. At first, we will cover the history of local territorial dispute, both by occupation models and by state conservationist modeling strategies. In a second step, we will discuss the implementation of a conservation unit for sustainable use, focused on the creation of alligators for food consumption and the leather market. It is a demand gradually developed by the local community, as a structural response to different contexts, which permeate material, political and symbolic elements, a community model that has advanced towards a specific type of forest management with appropriate management for the type of reserve mining and its surroundings, based on the principles of ecological respect and the environmental perception of sustainable work.

Keyword: Socio-environmental conflicts; Conservation units; Amazon; Traditional populations; Lago do Cuniã.

INTRODUÇÃO

Diz à lenda que Cuniã era uma índia bela e jovem, que morreu após o seu pai proibi-la de viver um grande amor com um homem "branco". Em uma bela noite a índia ainda muito triste, esperou todos dormirem e envenenou-os, logo após se jogou no lago, vindo a se transformar em uma grande cobra, que segundo os moradores vive até hoje no Lago do Cuniã. Essa lenda é sempre repetida pelos moradores que contam com detalhes e admiração a história que simboliza a comunidade.

A Reserva Extrativista do Lago do Cuniã possui uma grande área inundável calculada, de forma ainda conservadora, em 18 mil ha, cerca de 1/3 da área total da reserva. Áreas inundáveis são aquelas que recebem periodicamente o aporte lateral das águas de rios, lagos, da precipitação direta ou de lençóis subterrâneos. Periodicamente, essa área recebe tanto águas do rio Madeira, que adentram a região pelos igarapés e seu afluente, quanto das chuvas regionais que atingem as cabeceiras e corpos dos inúmeros igarapés e seus tributários, existentes na área da reserva e seu entorno, entre eles, o próprio Igarapé Cuniã, a montante do Lago Cuniã, e os Igarapé Cuniãzinho, Igarapé Arrozal e Igarapé Cachoeira.

Apresentaremos neste trabalho algumas considerações sobre a singularidade da ocupação territorial rondoniense em termos da constituição de

unidades de conservação envolvendo populações ribeirinhas tradicionais, com foco na Reserva Extrativista do Lago Cuniã a partir do manejo do abate do jacaré, como base de sua sustentabilidade acordada e apoiada pelo Estado – através do ICMbio - e pela comunidade atingida. O texto, além da revisão de literatura, é resultado de trabalhos de campo no local, realizados nos anos de 2016 e 2017, quando foram realizadas também diversas entrevistas.

1. RESERVAS EXTRATIVISTAS

As Unidades de Conservação formam o contexto político de tutela sobre parte expressiva das áreas naturais protegidas no Brasil, protegendo ecossistemas e biodiversidades de grande relevância. Essas áreas podem ser públicas ou privadas, embora o poder público e as diretrizes jurídicas exijam por parte dos agentes um regime de administração especial que tenham procedimentos eficientes de manejo ecológico para a preservação ambiental.

De acordo com Moreira e Rocha (2007, p. 5):

> As Unidades de Conservação de Proteção Integral são aquelas onde a exploração ou o aproveitamento dos recursos naturais são restringidos, admitindo-se apenas o aproveitamento indireto dos seus benefícios, ou seja, os recursos a serem gerados pela presença devem ocorrer de forma indireta. Unidades de Conservação de Uso Sustentável são aquelas na qual a exploração e o aproveitamento econômico diretos são permitidos, mas de forma planejada e regulamentada. O objetivo básico é compatibilizar a conservação Unidades de Uso Sustentável, principalmente as com o uso sustentável de parte de seus recursos naturais.

A Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), Lei 9.9985 de 18 de julho de 2000, proporcionou uma clareza a respeito dos conceitos de Unidade de Conservação, sendo que:

> Os conceitos das Unidades de Conservação eram confusos e os processos de criação, conflitantes, uma vez que várias eram as instâncias governamentais que se arvoravam o direito de cria-las. A criação do SNUC veio esclarecer estes pontos, deixando claro os vários conceitos das Unidades de Conservação, seus processos de criação e as instâncias competentes para tal. (BORGES, REZENDE e PEREIRA, 2003).

O SNUC através do seu Art. 7º, dividiu as Unidades de Conservação em duas categorias, sendo elas as de Proteção Integral e as de Uso Sustentáveis. As Reservas Extrativistas fazem parte do segundo conjunto e configuram áreas

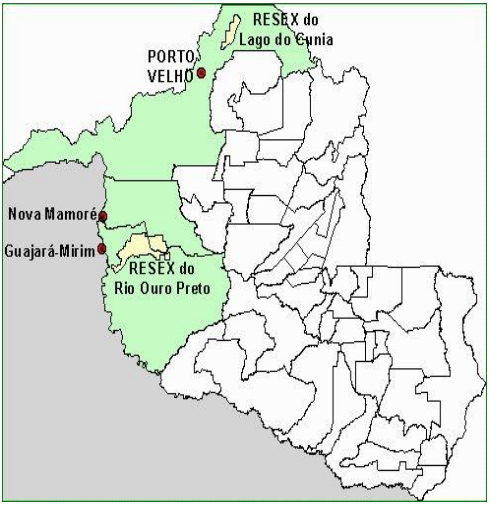
utilizadas por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

É relevante identificar o processo de discussão em torno do conceito de Reserva Extrativista, realizada em nível governamental. Nesse aspecto, a antiga Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA desenvolvera a definição ao executar o Plano Nacional do Meio Ambiente no final da década de 1980 atendendo à pressão dos movimentos sociais, em especial os seringueiros do Acre.

Nessa conjuntura as RESEXs se destinam especificamente ao uso sustentável, regularizadas por meio de concessão às comunidades tradicionais que tem a responsabilidade de manter a conservação do meio ambiente e uma produção sustentável para a sobrevivência, definindo juridicamente por um espaço territorial protegido na condição de tutela do Poder Público Federal, Estadual e Municipal.

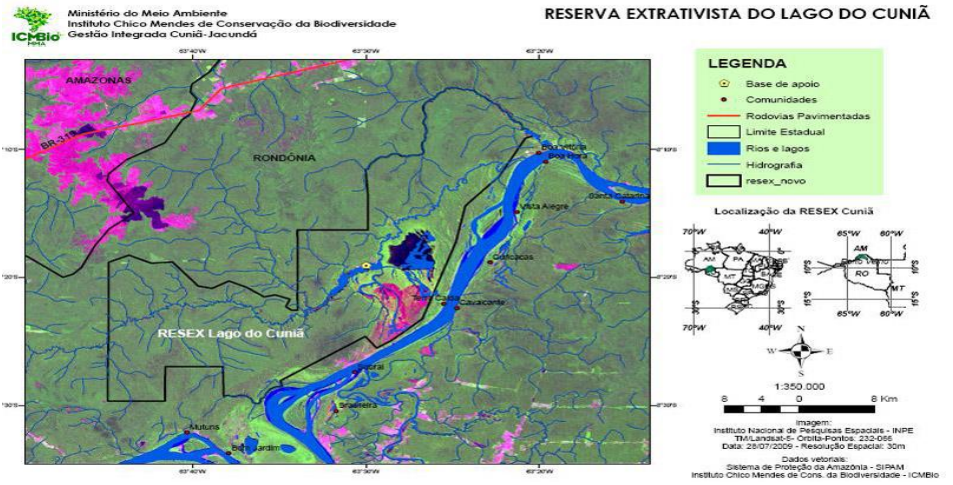
MAPA 01. ESTADO DE RONDÔNIA e MAPA 02. RESEX LAGO CUNIÃ





Fonte: http://mapasblog.blogspot.com.br/2012/01/mapas-de-rondonia.html

MAPA 03. LAGO DO CUNIÃ



Fonte: https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-Mapa-da-RESEX-do-Lago-do-Cunia-localizando-a-no-plano-nacional_fig1_329997780

Quando se trata de discutir os direitos do homem da floresta de sobreviver dos recursos nela existente, em um enfoque microeconômico que permita a qualidade de vida das populações associadas a uma dimensão ambiental e cultural em consonância com a dimensão produtiva, histórico-cultural, Souza (2010, p. 87) analisa que:

> Existem populações tradicionais na região amazônica que utilizam o extrativismo como meio produtivo de subsistência, e em segundo lugar a inexistência de alternativas econômicas e sociais que contemplem de fato a especificidade destes grupos sociais. Logo, é nessa perspectiva que atividade extrativista não pode ser descartada sob pena de segregar uma parcela considerável dessas famílias que realmente vivem na região.

Deste modo, com a articulação dos órgãos ambientais auxiliando as comunidades é possível à construção da sustentabilidade econômica associada ao manejo ecológico, a partir da organização do espacial das atividades extrativistas nas RESEXs.

Sobre essas questões relevantes a análise de Witkoski (2010, p. 19) referencia:

> Tentar compreender homens e mulheres, as terras, as florestas e as águas de trabalho no interior do Amazonas é preciso buscar o desvendamento da realidade. Porém, é necessário cautela, pois a realidade não pode ser

> compreendida apenas desvendando-se o dia a dia, mas numa dimensão em que este se inclui na totalidade. Esse dia-a-dia tem que ser compreendido no contexto em que o espaço Amazônico é produzido, não sendo apenas a soma mecânica de atividades diversas, mas a totalidade que os engloba.

As dimensões do trabalho produtivo de mulheres e homens nas comunidades se inserem em um processo natural, partindo da dimensão ambiental e suas relações com esse meio. Nesse sentido, o Estado do Acre teve um grande avanço na consciência ecológica tendo como eixo um modelo de manejo florestal comunitário. Nesse campo a dimensão produtiva se faz a partir de uma dialética com a natureza, em uma atividade essencialmente social, voltado exatamente para dominar a natureza a partir do esforço físico (auxiliado pela tecnologia) norteado pela razão, pela inteligência humana (MOREIRA, 2000).

Nas comunidades tradicionais que vivem de coleta extrativa, pesca e a caça controlada se firma o domínio da natureza que se produz pelo uso das técnicas artesanais, cuja concepção de trabalho se relaciona a uma mediação entre homem e natureza na reprodução e transformação da natureza em trabalho, cuja realização estabelece a base das relações sociais nas associações e cooperativas existentes.

No campo das pesquisas em conflitos socioambientais faz-se crucial, portanto, estudar essa atuação em rede, a qual se estabelece dentro de diretrizes claras e através do trabalho comunitário, definido por eixos de envolvimento e formação de novos quadros locais através de processos culturais e empíricos. Assim, constroem-se alternativas e produtos gerais e parciais e demandas definidas pelos movimentos sociais rurais, como a formação de cooperativas, os quais são devidamente avaliados e arguidos pelos membros da comunidade, ganhando um estatuto de produto comum e devidamente reconhecido. Também interessa analisar a formação de quadros políticos estruturais, uma vez que os registros das vivências dos "de baixo" na sociedade são ou "oralizados" ou precarizados e "inconsistentes", quando não apagados intencionalmente da memória reconhecida e registradas, visando o esquecimento da participação dos vencidos no movimento da história humana. Por esta razão, é de total interesse de nossa perspectiva acadêmica entender, sempre que possível, as démarches das relações de dominação como objeto focal ao lado das situações de conflito.

Desse modo, não se trata de invisibilidade social e cultural, mas do reconhecimento de que os ribeirinhos possuem identidade e produzem historicidade que perpetuam a territorialidade do espaço que ocupam. Portanto,

no processo de formulação de políticas as decisões não podem ser aplicadas de "cima para baixo" (MOREIRA, 2000; SANTILLI, 2012).

Desse modo, as comunidades ribeirinhas, como tal, penetraram no espaço e o transformaram, passando a viver em comunhão com uma cultura diferenciada e centrada numa conciliação com a natureza, o que representa a formação e construção da territorialidade.

A criação das RESEXs caracteriza, por fim, o marco das lutas sociais que representam seus interesses diretos de viver na floresta, manifestando sua identidade cultural, crenças e valores.

2. MANEJO E ABATE DO JACARÉ, COMO BASE DE SUSTENTABILIDADE PELA COMUNIDADE

A Cooperativa de Moradores, Pescadores, Aquicultores, Agricultores e Extrativistas da RESEX Cuniã (COOPCUNIÃ), constituída através do seu estatuto no dia 17 de abril de 2011, tem por objetivo prestar serviço aos seus associados dando suporte à produção pesqueira e agrícola de forma geral no que tange a sustentabilidade. A instituição foi criando principalmente no intuito de promover o abate do jacaré e do peixe pirarucu.

O jacaré foi decisivo para o processo de resistência da comunidade frente ao Estado, responsável pela mudança na trajetória desta comunidade. O jacaré vira um símbolo, por que ele não se destacava, não era importante para comunidade, diferente do extrativismo e da pesca, principalmente da espécie Pirarucu que, além de compor a alimentação da população residente na comunidade do Lago do Cuniã, é também uma fonte de renda.

O jacaré até então era somente uma ameaça, uma praga, que não servia "para nada", só impedia a população de exercer a sua cultura e costumes. Pois a população temia lavar louças, roupas e tomar banho no lago. O único meio de transporte utilizado, via de regra, tornava-se uma arma diante da exposição ao lago, pois havendo um acidente com a canoa ou o barco, as chances eram poucas de sobrevivência, em decorrência da grande população de jacaré-açu e tinga na região.

A Senhora Noêmia nos relata o ataque do jacaré a uma criança que foi a óbito:

> A criança estava acompanhada de sua mãe, que acabara de chegar da roça e estava descascando a mandioca, enquanto sua filha tomava banho próximo da "prancha". Nesse momento, em questão de segundos, a criança sofre o ataque do jacaré feroz, que lhe abocanha e lhe puxa para o fundo do lago. Somente após algumas horas, que conseguiram localizar o corpo da criança que ainda estava no fundo do lago. Através do anzol, instrumento utilizado para realizar a pesca que conseguiram retirar o corpo da criança.

Nesse momento a comunidade se levanta, reage com clamor e pressiona o poder público, para autorizar a matança do jacaré. Segundo o gerente do ICMBIO, já estava em pauta para a autorização, mais havia uma morosidade para que o decreto saísse do papel, e se tornar de fato um direito para aquela população:

> É claro que com o fato do acidente, a comunidade já estava mobilizada e reivindicaram ao IBAMA e outros órgãos que se fizesse o manejo. Daí eles tiveram que escolher se eles queriam o manejo comercial ou o manejo para controle populacional, daí a comunidade optou por manejo comercial, lógico que tem um viés que permite controle populacional, também.

O manejo do jacaré foi o fator decisivo naquele momento, para atender a reinvindicação da comunidade e suprimir a necessidade econômica daquele povo. Com isso o IBAMA, através de um plano de manejo, oferece à comunidade a opção de subsistência através do abate do jacaré, com o patrocínio da Usina de Santo Antônio (GERENTE ICMBIO, 2016) via compensação. Após o terceiro ano do projeto, a Usina Santo Antônio deixou de apoiar.

Vê-se, portanto, que a prática de sustentabilidade econômica que veio a caracterizar a RESEX do Lagoa do Cuniã deu-se mais por confusão do que por acaso, e emprestou uma "solução inteligente" para um problema de segurança local, aproximando-se mais do modelo de Reserva de Desenvolvimento Sustentável do que propriamente de uma Reserva Extrativista, eis que o Lago com os jacarés pode ser considerado uma espécie de curral natural para a espécie.

Por outro lado, ainda que seja certo que a oportunidade de manejo dos jacarés correspondeu a uma afirmação indentitária à terra – ameaçada na década de 1980 pela então política conservacionista que chegou a iniciar processo de desterritorialização da comunidade – também é verdade que a cultura da economia a partir do jacaré, inclusive para consumo alimentar, não fizera parte, até então, dos mesmos hábitos comunitários. Outro ponto importante a destacar é o fato de percebermos a perspectiva institucional do Estado em trabalhar a fauna enquanto recurso, o que implica, no caso do consumo de carne de jacarés, em avançar num modelo que não apenas despreza o direito animal como avança em atividades que

ampliam complicada rede de proliferação de vírus, como tem se averiguado com a expansão da epidemia da Covid e suas correlações com os frigoríferos e o agronegócio (WALLAQCE, 2020).

Entrementes, em 17 de abril de 2011, criou-se a Cooperativa, com intuito de atender a produção pesqueira e agrícola de modo geral, realizando o manejo e recursos com foco na sustentabilidade. Tendo como critério a participação somente dos moradores, na condição de aceitação de novos integrantes mediante a consulta em assembleia geral.

Diante disso, houve a necessidade de capacitação dos cooperados. Segundo o Gerente do ICMBIO, para capacitar os cooperados foi necessário buscar empresa com experiência em abate de jacaré. Foi então que firmaram a parceria no que tange a capacitação de pessoal, com a COOCRIJAPAN (Cooperativa de Criadores de Jacaré do Pantanal). A cooperativa estava localizada no Estado do Mato Grosso, abrangendo o pantanal de Cáceres, que através da criação em cativeiro, abatiam cerca de 120 jacarés ao dia. Ao final da capacitação, os setes cooperados retornaram à comunidade, e fizeram como forma experimental, o abate de três jacarés, utilizando e aplicando todo o processo metodológico que aprenderam no período de capacitação. O Gerente do ICMBIO diz ainda que "foi distribuindo a carne para toda a comunidade".

O Presidente atual da COOPCUNIÃ nos informa em detalhes como é realizado todo o processo, desde a captura até o consumidor final, conforme segue abaixo:

> Quem define o calendário do abate são os cooperativados, que inicia geralmente no mês agosto e vai até novembro do corrente ano, que conta com a natureza, pois dependem do nível e da água para iniciar todo o processo. Vinte dias antes do abate é realizado o censo por uma médica veterinária acompanhada pelo ICMbio, que define a cota anual, essa cota é proporcional a dez por cento da quantidade de ninhos e animais contabilizados.

A SEMAGRIC (Subsecretaria Municipal de Agricultura e Abastecimento), inicia com a fiscalização sanitária do local, apontando o que necessita ser adquirido ou ser trocado, em seguida a Cooperativa toma as providências, e então ocorre a liberação do alvará para o funcionamento.

Após a autorização inicia-se o estágio do abate. No estágio I os animais são capturados no turno da noite, pelos jacarezeiros, que com as suas práticas

conseguem antes da captura identificar as espécies, que podem ser o jacaretinga ou o jacaré-açu. Ao capturar o jacaré, identifica-se o sexo através do toque com o dedo indicador nas genitálias do animal, nesse caso só prevalece se for do sexo masculino e que atenda o tamanho mínimo de um metro e oitenta centímetros, após a conferência amordaça-se o animal e amarram-se as patas para que permaneça mobilizado, por fim leva-se esse animal até o cativeiro através de um trilho criado pelos cooperados, conforme imagem abaixo:

Foto 1. Trilho



Foto de Gúnila Coelho da Silva Alves (2017)

Como podemos observar na fotografia acima, a estrutura do trilho é de madeira, que vai do início do Lago até a sede da Cooperativa, facilitando o transporte do animal. O animal fica até o dia seguinte no intuito de mantê-lo desestressado. Ao amanhecer, inicia o estágio II, com o processo da limpeza do animal, o qual a equipe deverá ter muita atenção nos produtos que serão usados, pois só é permitido o uso do sabão neutro na escovação do animal, com a retirada de todo o limo empregado em seu couro.

Foto 2. Local de lavagem dos jacarés



Foto de Gúnila Coelho da Silva Alves (2017)

Esse momento é primordial para verificar se o animal está com alguma sequela. Caso seja identificada, ele é devolvido para o lago. Ao finalizar a limpeza, o animal passa para o estágio III, no qual será pesado e medido, conforme relata o gerente da cooperativa: "Aqui já fica uma menina com a pranchetinha, pra fazer a biometria do animal, fazer as anotações".

No estágio IV o animal segue para a área do abate, mais reservada, fica somente a equipe que vai trabalhar com o animal, devidamente instrumentalizada. Usa-se uma pistola "Zilka" própria para executar o animal, conforme a fala do Gerente da Cooperativa: "Na hora que chega aqui, desses oito, quatro vem segurar o animal. Ele sai um ferro, mais ou menos desse tamanho, aonde ele é furado e sai um ar comprimido. Ela faz (patipu), que às vezes passa. Ai essa aí não fura a pele, fica só na medula da cabeça dele".

Foto 3. Instrumento para o abate do jacaré



Foto de Gúnila Coelho da Silva Alves (2017)

Após esse processo a equipe de oito homens segue retirando todo o sangue, a pele e os cortes. No estágio V as carnes são remetidas para um espaço bem equipado, o qual dispõe de um computador e uma máquina a vácuo. Após a separação em diferentes tipos de carne, estas são devidamente embalas e identificadas pelos cortes, sendo conservadas em caixas apropriadas em uma câmara fria.

Foto 3. Embalagem das carnes



Foto de Gúnila Coelho da Silva Alves (2017)

Para a realização de todo o processo a Cooperativa conta com aproximadamente noventa cooperados, engajados na realização do projeto, sendo divididos em grupos: os jacarezeiros, grupos da limpeza do jacaré, grupo da limpeza da área interna, grupo da embalagem, grupo do abate, dentre outros, sendo implementado a mais ou menos um ano a categoria dos menores aprendizes, que possibilitam aos jovens participar do projeto.

Considerações finais

O Brasil possui uma grande biodiversidade em flora e faunas silvestres que representam uma rica fonte de proteínas para o homem, bem como origina renda para a sobrevivência de comunidades tradicionais e nativas (indígenas), principalmente em regiões em que a população sobrevive dos recursos da natureza. Esse tem sido uma controversa questão diante de novos aportes críticos advindos dos direitos da natureza, que advoga posição contrária à superexploração dos bens ambientais (GUDYNAS, 2019).

Em territórios de rica biodiversidade, o esforço de fiscalização de órgãos de proteção ambiental é ineficiente em relação "à expansão da caça ilegal para

venda no mercado de carnes exóticas e couro". (SARKIS, 2002, p. 2). Ao mesmo tempo em que a legislação ambiental proíbe a caça, a pesca e outras atividades em reservas protegidas ou tuteladas pelo Estado como as RESEXs e os demais territórios categorizados como áreas protegidas, as comunidades tradicionais e nativas necessitam que seja relativizada essa prática em usufruir desses bens naturais, de forma a não causar desequilíbrios na fauna silvestre, terrestre e aquática ou a exploração em períodos de desova ou de procriação e ainda apontar para diretivas favoráveis ao direito animal.

Oliveira, Carvalho Júnior e Chaves (2005) analisam que a caça representa para as comunidades tradicionais da região amazônica uma relevante fonte de nutrientes, sendo a caça de subsistência uma forma de renda para as populações ribeirinhas e rurais, ao mesmo tempo em que também possui um aspecto cultural que representa uma dimensão produtiva herdada de seus antepassados. No entanto, a questão conflituosa se constitui na pertinência de avaliar que mesmo nas comunidades tradicionais onde ainda não existe o plano de manejo ambiental, o uso dos recursos naturais poderá ultrapassar os níveis de sustentabilidade e se expandir para o consumo sem critérios dos recursos do território.

Levando em conta uma situação em que ocorre a expansão de uma determinada espécie da fauna do território, representando um desequilíbrio ambiental em relação à existência de outras espécies ou mesmo considerando-se os riscos da quantidade numerosa de animais considerados ameaçadores para o convívio humano, o abate tem sido proposto como alternativa, mesmo a favorecer a renda das comunidades tradicionais até que o número da espécie entre novamente em equilíbrio. Essa condição ocorre quando, como vimos no caso da RESEX do Lago do Cuniã, a quantidade de jacarés coloca em risco a vida das populações ribeirinhas quando ultrapassam uma massa populacional em relação ao seu habitat.

No contexto das comunidades tradicionais que possuem um plano de manejo específico, a exploração da caça tem sido uma decisão avaliada pelos órgãos fiscalizadores, com a finalidade de não induzir a problemas referentes ao abate acima do equilíbrio entre o número de espécies e o território. Nesse sentido, por exemplo, a fiscalização ambiental é severa quando se trata do abatimento de espécies crocodilianas formadas por um grupo de répteis com poucas diferenciações.

No contexto de realização de um plano de manejo para o abate de jacarés na natureza pelas comunidades ribeirinhas favorece a possibilidade de melhorar a rendas das famílias e as condições nutricionais, bem como o aproveitamento do couro. A forma de manejo nas unidades de conservação de uso sustentável tem se constituído do manejo extensivo caracterizado pela criação controlada das populações de jacarés.

As experiências retratadas nos apontam para uma crescente complexidade nas analise dos conflitos socioambientais, pois já não se trata tão só opor políticas conservacionista, muitas vezes arraigadas na biologia profunda, em face de políticas socioambientais, que privilegiam o uso tradicional e a cultura dos povos e comunidades tradicionais, mas apontam agora que o domínio técnico-burocrático por parte do Estado, tem elaborado soluções "produtivistas" para a sustentabilidade, onde o modelo cooperativista e a indução da geração de renda implica em colonização do ambiente enquanto recurso e condicionando a prática tradicional enquanto performance mensurável.

REFERÊNCIAS

BORGES, Luís Antônio Coimbra; REZENDE, José Luiz Pereira de; PEREIRA, José Aldo Alves. Evolução da legislação ambiental no Brasil. In: *Revista em Agronegócios e Meio Ambiente*, v. 2, n. 3, 2009, p. 447-466.

GUDYNAS, Eduardo. *Direitos da natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais*. Tradução d eIgor Ojeda. São Paulo: Elefante, 2019.

MOREIRA, André de Castro C. *Reserva extrativista do Bairro Mandira: a viabilidade de uma incerteza*. São Paulo: Anablume, 2000.

MOREIRA, Jasmine Cardozo.; ROCHA, Carlos. Henrique. Unidades de conservação dos Campos Gerais. In: MELO, M. S; MORO, R. S; GUIMARÃES, G. B. (orgs.). *Patrimônio natural dos Campos Gerais do Paraná*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2007.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2012.

SARKIS, Flávia. *A avaliação das condições microbiológicas de carnes de animais silvestres no município de São Paulo*. Dissertação de mestrado. Piracicaba: Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, 2002.

SOUZA, Charles Benedito Gemaque. A gestão dos recursos naturais na Amazônia: a reserva extrativista Mãe Grande de Curuçá-PA. In: *Revista Margens*. Disponível em: periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/download/2761/2892. Acesso em: 20 set, 2017.

WALLACE, Rob. *Pandemia e agronegócio: doenças infecciosas, capitalismo e ciência*. Tradução de Allan Rodrigo de Campos Silva. São Paulo: Elefante, 2020.

WITKOSKI Antônio Carlos. *Terras, florestas e águas de trabalho: os camponeses amazônicos e as formas de usos de seus recursos naturais*. Manaus: Editora Universidade Federal do Amazonas, 2010.

EL «APARTHEID CLIMÁTICO»

Estela Martín Pascual
Universidad de Salamanca
Salamanca, España
estelitamp@usal.es

Resúmen: Pese a ser una cuestión determinante, fundamentalmente para las poblaciones más expuestas y vulnerables a los efectos negativos del cambio climático, la cuestión de cómo este fenómeno interfiere en el disfrute de los derechos humanos ha sido, probablemente, la cuestión menos estudiada. Sin embargo, en los últimos años ha ganado relevancia tanto en los órganos internacionales con competencias sobre la materia como en el ámbito doctrinal, siendo varias las razones que avalan la importancia de este nuevo enfoque (idea de urgencia, entrada de las cuestiones humanas en el régimen internacional de cambio climático; dar visibilidad a las consecuencias del cambio climático, personalizándolas en personas y comunidades determinadas; apartarse de la idea del cambio climático como un problema etéreo y futuro). Tras señalar la politización a la que se ve expuesto el cambio climático, estudiaremos los principales impactos de este fenómeno en los derechos humanos y las obligaciones que pesan sobre los Estados en este sentido. La relación es clara: si sabemos que los efectos del cambio climático afectan al disfrute de los derechos humanos, los Estados han de tomar medidas tanto de adaptación como de mitigación, con la finalidad de protegerlos y evitar situaciones indeseables de «apartheid climático», donde las poblaciones más expuestas y vulnerables padecerían sus impactos de manera desproporcionada con respecto a su responsabilidad en la aparición del fenómeno.

Palabras-clave: cambio climático, impactos, derechos humanos, interferencia, poblaciones vulnerables, litigación climática

Abstract: Despite being a key issue, mainly for the most exposed and vulnerable populations to the negative impacts of climate change, the question of how this phenomenon interferes with the enjoyment of human rights has probably been the least studied subject. However, it has gained relevance in recent years both in international bodies with competencies on the subject and the doctrinal field. There are several reasons supporting the importance of this new approach (the idea of urgency, the entry of human issues into the international climate change regime; giving visibility to the consequences of climate change by personalizing them in specific people and communities; moving away from the idea of climate change as an ethereal and future problem). After highlighting the politicization to

which climate change is exposed, this paper analises the main impacts of the latter on human rights and the obligations imposed on States in this regard. The relationship is self-evident: if we do know that the effects of climate change affect the enjoyment of human rights, States must take both adaptation and mitigation measures in order to protect them and avoid undesirable situations of «climate apartheid», where the most exposed and vulnerable populations would disproportionately suffer its impacts regarding their responsibility in the emergence of the phenomenon.

Key-words: climate change, impacts, human rights, interference, vulnerable populations, climate litigation

INTRODUCCIÓN

En un contexto como el actual, en el que nos encontramos inmersos en una crisis sanitaria provocada por la COVID-19 y donde el ejercicio de algunos de nuestros derechos más básicos está viéndose limitado (pensemos, por ejemplo, en la libertad de circulación), parece obligado abordar, bajo el prisma de los derechos humanos (en adelante, DDHH), otras crisis que nos acechan. Es el caso del cambio climático o de la crisis climática que, más que inminente, ya es una realidad que debemos atajar cuanto antes. No en vano, el Secretario General de la Organización Meteorológica Mundial ha declarado que el cambio climático es un problema de mayor gravedad que el coronavirus. Pero pese a todo, el cambio climático es un fenómeno susceptible de ser politizado y utilizado como arma para polarizar los discursos de los diversos líderes políticos, especialmente por parte de aquellos que desprecian su magnitud o, inclusive, su misma existencia. Al igual que ocurre con los políticos, una parte muy residual de científicos y estudiosos del cambio climático se ha desmarcado del consenso establecido gracias a los trabajos del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (en adelante, IPCC). Veremos, de forma sucinta, esa diversidad de opiniones que se ha formado, fundamentalmente, en torno a dos cuestiones. La primera de ellas hace referencia a las causas del cambio climático, existiendo de un lado quienes consideran que estas tienen como origen, principalmente, la actividad del ser humano y, de otro, aquellos que las atribuyen únicamente a fenómenos puramente naturales. La segunda de las cuestiones es la relativa a las consecuencias del cambio climático y, en este sentido, podemos encontrarnos con quienes, aun reconociendo el impacto que las actividades humanas tienen en este fenómeno, le restan importancia al no considerar que sus efectos vayan a ser tan perniciosos como algunos, a los que califican de alarmistas, auspician.

Seguidamente, hemos seleccionado una serie de derechos por considerar que su garantía y disfrute ya se están viendo afectados por las interferencias del cambio climático, y que se intensificarán con el paso del tiempo. Se trata del derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho al agua. Algunos de estos derechos han sido alegados en distintas instancias judiciales, tanto a nivel nacional como internacional, en un intento de la sociedad civil de hacer recaer sobre los Estados más contaminantes su parte de responsabilidad en la aparición del fenómeno y, por tanto, de sus perniciosos efectos, de una parte y, de otra, de obligar a dichos Estados a adquirir compromisos más ambiciosos en materia de mitigación. Es el caso, entre otros, de la Conferencia Circumpolar Inuit, de *Urgenda*, o de los seis jóvenes portugueses.

Por tanto, si sobre los Estados pesan una serie de obligaciones para proteger los DDHH y si los efectos del cambio climático interfieren con su disfrute, los Estados deben tomar medidas positivas con la finalidad de proteger dichos derechos y evitar situaciones de "apartheid" o "racismo climático" a las que puedan verse abocadas las poblaciones y comunidades más vulnerables a los impactos del cambio climático que, además, han sido las que menos han contribuido a la aparición del fenómeno.

DESARROLLO

1. La politización del cambio climático. ¿Una cuestión de ideología?

El cambio climático es un fenómeno social sobradamente conocido, si bien originariamente fue objeto de estudio, prácticamente en exclusiva, del ámbito de las ciencias físicas y la meteorología, pasando más desapercibido para la ciudadanía en general.

Definido en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático como "la modificación del clima, atribuida directa o indirectamente, a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante un periodo de tiempo comparable" (CMNUCC, 1992), ha sido un problema discutido a lo largo de los años. De este modo, se han dicho muchas cosas en relación al fenómeno, ya fuera con el objetivo de negar su existencia, ya fuera para restarle importancia a la magnitud de sus efectos, o ya fuera con el ánimo de llamar la atención sobre el problema y sus devastadores consecuencias. Además, y en línea con esto último,

desde finales de la década de los años 2000 se ha venido desarrollando un discurso en el que se establecen vínculos entre el cambio climático y la seguridad, a través de expresiones tales como que el cambio climático es un coloso que amenaza al mundo (NORDHAUS, 2019, p. 1992), que es la Tercera Guerra Mundial (STIGLITZ, 2019), o que se puede equiparar a una guerra biológica o química de baja intensidad (MBUENDE, 2007, p. 35).

No obstante y dicho esto, lo cierto es que, a día de hoy, cuando hablamos del cambio climático hablamos de un problema incuestionable gracias a la encomiable labor de los cientos de científicos que desarrollan su actividad en el IPCC, y que han contribuido a formar la postura que podemos denominar como "oficial". Gracias a los informes periódicos publicados por estos expertos, se ha creado un consenso científico (ORESKES, 2004) que viene a avalar la teoría de que el cambio climático actual trae causa de las actividades antropogénicas, a diferencia de lo que ha ocurrido con cambios climáticos anteriores.

Sin embargo, existen ciertos autores (SEITZ y JOSTROW, 2001; SANZ, 1999) que se desmarcan de la postura del consenso a la vez que defienden la teoría de que las causas del cambio climático en el que estamos inmersos son de origen meramente natural. Estos autores pueden englobarse en la corriente "negacionista". Cabría destacar aquí una plataforma que surgió como respuesta a los primeros informes lazados por el IPCC, bajo el nombre de *International Climate Science Coalition*, formada por algo más de un centenar de científicos y estudiosos sobre la materia. De modo esquemático, los principios básicos sobre los que se asienta esta Coalición son los siguientes: en primer lugar, el clima global está en constante cambio conforme a causas naturales, y los cambios recientes no son inusuales. En segundo lugar, la ciencia está evolucionando rápidamente distanciándose de las visiones de que las emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero de procedencia antropogénica son una causa del cambio climático peligroso. Además, como tercera idea, la Coalición entiende que el dióxido de carbono no es un contaminante, sino un reactivo necesario en la fotosíntesis de las plantas y, por lo tanto, es esencial para la vida en la Tierra. En cuarto lugar, entiende que los modelos climáticos utilizados por el IPCC no reproducen climas pasados conocidos sin manipulación y, por lo tanto, carecen de la integridad científica necesaria para su uso en la predicción del clima y la toma de decisiones políticas al respecto. Otro de los principios defendidos por la plataforma se basa en que el resumen del IPCC para los responsables de formulación de políticas y las afirmaciones de los ejecutivos del grupo de expertos

tergiversan seriamente, con demasiada frecuencia, las conclusiones de sus propios informes científicos. En sexto lugar, las afirmaciones de que existe un "consenso" entre los expertos en clima respecto de las causas del calentamiento moderado del siglo pasado son rebatidas por miles de científicos independientes. Un séptimo principio básico defendido por la Coalición es que la investigación que identifica al sol como un importante motor del cambio climático global debe tomarse más en serio. En octavo lugar, se señala que el enfriamiento global ha presentado serios problemas para la sociedad humana y el medioambiente a lo largo de la historia, mientras que el calentamiento global en general ha sido altamente beneficioso. En noveno lugar, entiende que no es posible predecir de manera fiable cómo cambiará el clima en el futuro, más allá de la certeza de que continuarán los cambios abruptos y las tendencias de calentamiento y enfriamiento en varias décadas, lo que subraya la necesidad de una adaptación efectiva; y, para finalizar, y dado que la ciencia y la observación no han podido fundamentar la hipótesis del cambio climático causada por el hombre, es prematuro dañar las economías nacionales con impuestos de carbono, comercio de emisiones u otros esquemas para controlar las emisiones de gases de efecto invernadero (INTERNATIONAL CLIMATE SCIENCE COALITION).

Por su parte, los autores "escépticos" se desligarían también del consenso pero de un modo más débil, puesto que no negarían que las actividades humanas tienen un impacto en el origen del cambio climático. Sin embargo, sí defienden que no se debe alarmar a la ciudadanía sobre las consecuencias de aquel, ya que consideran que no serán tan graves y, por ello, el cambio climático no es un problema que haya que abordar de manera urgente o prioritaria. Dentro de esta corriente podríamos destacar autores como el politólogo Lomborg (2003) o el matemático Briggs (GÓMEZ, 2008).

Son estas dos últimas corrientes a las que se adhieren o de las que se sirven los políticos que no ven necesario o conveniente actuar en la lucha contra el cambio climático, que parece haberse convertido en una preocupación exclusiva de los partidos políticos más alejados de la derecha, como si sus efectos entendieran de banderas o siglas políticas. Es por ello que debemos advertir del peligro que supone politizar el fenómeno en función de las ideologías de los gobiernos de turno. El cambio climático es real y ya podemos notar sus efectos, como trataremos de explicar en seguida. Además, cuanto más dilatemos en el tiempo la adopción de medidas para mitigarlo, más graves serán sus consecuencias y más costosas las actuaciones que se hayan de emprender (STERN, 2007, p. 191).

Así las cosas, y a falta de un "pacto de Estado" responsable entre las distintas fuerzas políticas de los Estados que muestre un compromiso serio en la lucha contra el cambio climático sin importar el color del partido que alcance la presidencia, debemos celebrar cualquier avance hacia la dirección de la cooperación y la adopción de medidas tendentes a mitigar el problema y a paliar sus consecuencias, construyendo sociedades más resilientes que posean una mayor capacidad de adaptación. Por todo ello consideramos muy relevante el cambio de dirección de la Casa Blanca con la elección del nuevo presidente de los Estados Unidos de América, Joe Biden que, *a priori*, viene acompañado de un cambio de posicionamiento con respecto al Acuerdo de París. En este sentido, el presidente Biden ha cumplido con su anunciado acerca de que una de sus primeras medidas una vez estuviera en el poder sería volver a vincularse por dicho Acuerdo tras la salida del mismo bajo el mandato de Donald Trump[1]. En efecto, pocas horas después de su investidura, el 20 de enero de 2021 el nuevo presidente firmó una orden ejecutiva para revertir la retirada del Tratado y, horas después, depositó su instrumento de aceptación ante el Secretario General de Naciones Unidas. Por el contrario, es alarmante contar con líderes políticos que desprecian la corriente científica mayoritaria, como es el caso de Jair Bolsonaro, presidente de Brasil, quien se declaraba abiertamente admirador de Trump (REJÓN, 2018) en plena campaña electoral, negaba que la Amazonía fuera el pulmón del planeta (NOTICIAS ONU, 2019), y presionaba al presidente saliente, Michel Temer, que finalmente rechazaba que su país fuera la sede de acogida para la celebración de la COP25 (GILBERT, 2018). En definitiva, su desprecio por las cuestiones climáticas y medioambientales ha llevado a su país a aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero en un 9,6% en 2019 respecto al año anterior (REUTERS, 2020).

2. El enfoque del cambio climático basado en los Derechos Humanos

Con el paso del tiempo (y, como decimos, gracias a la labor del IPCC), ya podemos hablar, sin ninguna duda, de que el cambio climático es un fenómeno real cuyos efectos ya se están dejando sentir en una miríada de formas: aumento de las temperaturas, incremento en el número y la intensidad de los fenómenos

[1] Recordemos que la retirada efectiva de los EEUU del Acuerdo de París se produjo el 4 de noviembre de 2020

meteorológicos extremos, deshielo de los polos, expansión de enfermedades, etc., que afectan al disfrute de los DDHH. Tratándose de un tema de extrema importancia, sin embargo, la cuestión de cómo el cambio climático interfiere en el disfrute de los DDHH ha sido una de las aristas menos estudiadas de los efectos de aquel. En general, los debates sobre el fenómeno se centraron, inicialmente, en cuestiones más científicas y, solo posteriormente, en cuestiones más económicas y medioambientales. Y es así, en esa evolución, como esta materia ha ido despertando, en años recientes, el interés de la doctrina y de los órganos internacionales competentes, entre los que destacan el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Son varios los motivos que pueden explicar la relevancia de este nuevo enfoque del cambio climático basado en los DDHH. En primer lugar, esta perspectiva dota al problema de un sentimiento de urgencia que implica la necesidad de que se lleve a cabo una actuación a nivel político más apremiante, lo que también debería impulsar ese compromiso político del que hablamos líneas atrás. En segundo lugar, supone integrar cuestiones basadas en la persona en el régimen internacional del cambio climático, que se caracteriza por adoptar un enfoque diametralmente opuesto al analizado; esto es, un enfoque estatocéntrico. En tercer lugar, porque esta perspectiva de DDHH permite visualizar y comprender mejor los efectos del cambio climático y, junto con ese sentido de urgencia que mencionábamos, puede suponer un revulsivo para la opinión pública que haga que tome conciencia del problema y se movilice para exigir a sus políticos mayores compromisos en la lucha contra el cambio climático. Por último, otro argumento que viene a avalar este enfoque lo ilustra muy bien la aparición del coronavirus, del que se destaca su carácter global en la medida en que dicho virus afecta a todos los continentes y a todas las personas. No obstante, debemos matizar esas afirmaciones, puesto que no son del todo exactas. Aunque es cierto que se trata un problema global, no debemos ignorar que no todos los continentes, Estados, ni clases sociales se ven afectados por aquel de igual modo. Pues bien, lo mismo ocurre con el cambio climático. Sus efectos no tienen el mismo impacto en unos lugares que en otros, siendo aquellos que menos han contribuido a la aparición del fenómeno quienes más vulnerables son a sus efectos y quienes más los van a sufrir. En palabras del IPCC, "las personas marginadas social, económica, cultural, política e institucionalmente, o por otro concepto, son especialmente vulnerables al cambio climático" (IPCC, 2014, p. 6). En relación con esta cuestión, el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los DDHH ha advertido,

recientemente, en su Informe sobre el cambio climático y la pobreza, acerca de un escenario futuro de "apartheid climático" (RELATOR, 2019, p. 14) en el que la población con mayores recursos económicos simplemente pagaría para protegerse de las peores consecuencias del cambio climático, mientras que los pobres, al no disponer de recursos, quedarían en una situación en la que padecerían enormemente sus efectos.

Esto nos lleva a plantearnos la injusticia que supondría el hecho de hacer recaer sobre estos mismos Estados la responsabilidad por la vulneración de DDHH a causa del cambio climático, máxime si estos países demuestran que se enfrentan activamente al fenómeno a través de la adopción de medias de adaptación y mitigación en función de sus capacidades.

3. La interferencia del cambio climático en el disfrute del derecho a la vida

El primer derecho afectado por el cambio climático al que vamos a hacer referencia por ser el derecho humano por excelencia y requisito *sine qua non* para que el resto de derechos puedan verse realizados, es el derecho a la vida, recogido tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) (art. 3) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6).

Son muchos los efectos del cambio climático que tienen el potencial de poner en peligro el derecho a la vida, ya sea de un modo más o menos directo. Es el caso, entre otros, de las olas de calor, que pueden tener efectos muy graves para las personas y grupos más vulnerables. Entre ellos destacaríamos a la población anciana (debido a la fragilidad que les genera el deterioro de su sistema termorregulador), los bebés y los niños (que poseen una capacidad limitada para regular su temperatura y para hidratarse), las mujeres que se ven obligadas a desplazarse a largas distancias para buscar agua, las personas más desfavorecidas, personas sin hogar, desplazados, o trabajadores al aire libre (DÍAZ, 2014, p. 158). En el momento en que la temperatura del cuerpo humano supera los 38ºC, las funciones físicas y cognitivas del ser humano comienzan a deteriorarse y, por encima de los 40.5ºC, aumentan en gran medida los riesgos de daño orgánico y muerte. Debemos tener presente que no hablamos de muertes anecdóticas, sino que se apuntan cifras de más de 150.000 muertes por olas de calor durante el período 1998-2017 (WELLMACQ, 2018, p. 9).

Además de causar muertes por sí mismo, el calor también aumenta el riesgo de que se produzcan incendios, poniendo en peligro de igual modo la vida de las personas y su salud, pues pueden sufrir quemaduras graves, infecciones, u otros problemas respiratorios derivados de la exposición a las sustancias tóxicas que libera el humo (ANALITIS, 2012, p. 158). Lo sucedido en Australia en el año 2009 fue un claro ejemplo de lo que pueden provocar el aumento de las temperaturas, la escasez de lluvias y los fuertes vientos, ya que se produjeron incendios sin precedentes por su intensidad, dejando a su paso 173 muertes por quemaduras y lesiones (PARLAMENTO DE VICTORIA, 2010). Es reseñable también, sin duda, lo ocurrido entre finales de 2019 y comienzos de 2020, periodo en el que Australia vivió una de sus peores temporadas de incendios (registrando más de 130), que acabaron con la vida de varias decenas de personas y de miles de millones de animales (MANNIX, 2020).

Además de la subida generalizada de las temperaturas y sus consiguientes efectos en forma de olas de calor e incendios, las inundaciones también suponen otro tipo de evento climatológico extremo muy frecuente al que se encuentra expuesta gran parte de la población (TISEO, 2020). Las zonas del Sur de Asia con amplios deltas situados a escasa altura sobre el nivel del mar, como los deltas del río Rojo y del río Mekong de Vietnam o, incluso, la propia ciudad de Ho Chi Min (MYDANS, 2009; CLAYFIELD, 2016), así como el delta del Ganges o la costa sur de Bangladesh (NATIONAL GEOGRAPHIC, 2016), son unas de las zonas más damnificadas por las inundaciones, provocando una disyuntiva nada halagüeña entre los supervivientes afectados por estas: continuar viviendo en las maltrechas costas, o trasladarse a las barriadas urbanas (MCDONNELL, 2019). La incidencia de estos eventos en el derecho a la vida también es destacable. Para ilustrarlo, pensemos en las más de 2.200 muertes a causa de las inundaciones que se produjeron en 2019 en La India, Nepal, Bangladesh y Myanmar (HANSEN, 2020).

Con este telón de fondo y para garantizar plenamente el derecho a la vida, debemos recordar que los Estados deben, no solo abstenerse de vulnerar el derecho poniendo fin a la vida de una persona de manera deliberada y arbitraria, sino que deben también adoptar medidas positivas (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 1982). En su Observación General nº. 36, el Consejo de Derechos Humanos aclara que los Estados tienen la obligación de proteger la vida de las personas en aquellos casos razonablemente previsibles de amenazas y situaciones de peligro para la vida que puedan ocasionar muertes, incluidas las procedentes de

particulares y entidades privadas. Además, el Consejo menciona expresamente la obligación estatal de adoptar medidas relativas a la degradación del medioambiente, al entenderla como una amenaza directa a la vida o que tiene el potencial de impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida, declarando también que el cambio climático es una de las amenazas más acuciantes y graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar del derecho a la vida.

Por ende, podemos decir que los Estados tienen la obligación de implementar las medidas necesarias de lucha contra el cambio climático para poder cumplir, de este modo, con sus obligaciones en materia de DDHH.

4. La interferencia del cambio climático en el disfrute del derecho a la salud

El derecho a la salud debe ser abordado a través del derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado, recogido en el art. 25 DUDH. Esto se debe a que la Declaración no contempla el derecho a la salud como un derecho autónomo. Por lo tanto, para poder dar satisfacción al derecho a un nivel de vida adecuado una persona debe tener asegurada su salud y su bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Por su parte, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) sí que lo recoge de manera independiente ("los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"). Del mismo modo, el apartado segundo del mismo artículo contiene una serie de medidas necesarias para dar satisfacción al derecho, entre las que se hace referencia a la mejora del medioambiente en todos sus aspectos.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha venido a completar este derecho en su Observación General nº. 14, estableciendo además otro vínculo entre el medioambiente y el disfrute de los DDHH. De esta forma, el Comité ha identificado el medioambiente sano como uno de los factores que determinan el derecho a la salud, junto con el acceso al agua limpia potable salubre y un saneamiento adecuado, una alimentación y una nutrición adecuadas, una vivienda adecuada y un entorno laboral sano (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2000, párr. 11).

Como venimos adelantando en líneas anteriores, las consecuencias del cambio climático también tienen efectos importantes en la salud de las personas (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, 2016). Pensemos, por ejemplo, en las lesiones asociadas a los eventos climatológicos extremos como insolaciones, en los golpes de calor o en la deshidratación provocados por las olas de calor que también agravan condiciones previas como las enfermedades cardiovasculares, respiratorias, renales, cerebrovasculares o las afecciones relacionadas con la diabetes (OMS, a)). Debemos destacar, en este punto, que el derecho a la salud se refiere no solo a la salud física, sino también a la salud mental, viéndose afectadas ambas esferas con los efectos del cambio climático, pues aunque las repercusiones físicas sean más evidentes, los daños físicos y materiales sufridos (tanto propios como de familiares o personas cercanas) provocan multitud de traumas.

5. La interferencia del cambio climático en el disfrute del derecho a la alimentación

Al igual que ocurre con el derecho a la salud, tanto la DUDH como el PIDESC consideran este derecho parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado pero, el Pacto, además, lo recoge de manera autónoma como el derecho a estar protegido contra el hambre. En aras de este derecho, los Estados deben tomar medidas para mejorar la producción, la conservación y la distribución de los alimentos y, a nivel mundial, deben trabajar para asegurar una distribución equitativa de los alimentos en relación con las necesidades (art. 11.2).

Los impactos negativos del cambio climático también afectan a este derecho. Los cambios en los patrones de las precipitaciones, las inundaciones, la subida del nivel del mar y la consiguiente salinización de la tierra, o las sequías prolongadas afectan directamente a la producción de alimentos. El Banco Mundial estima que un aumento de 2ºC de la temperatura media mundial provocaría un aumento de entre 100 y 400 millones de personas en riesgo de padecer hambre (BANCO MUNDIAL, 2010, p. 5), y que el cambio climático podrá provocar que el rendimiento de los cultivos disminuya en un 30% a nivel mundial para el año 2080 (BANCO MUNDIAL, 2016, pp. 4 y 6).

También resulta interesante resaltar que la propia CMNUCC pone de relieve el vínculo entre el cambio climático y el derecho a la alimentación al determinar que su objetivo de estabilización de gases de efecto invernadero debe

alcanzarse en un plazo que permita "asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada" (art. 2).

En relación con todo ello, el Comité del Pacto ha reconocido la interdependencia entre el medioambiente y el derecho a la alimentación al señalar que es necesaria «la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales» (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1999, párr. 4) para garantizar que se cumpla el derecho a una alimentación adecuada.

6. La interferencia del cambio climático en el disfrute del derecho al agua y al saneamiento

En el caso de este derecho debemos mencionar, de partida, la ausencia de reconocimiento expreso tanto por parte de la DUDH como por parte del PIDESC. A pesar ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha entendido que se encuentra implícito en los artículos 11 (derecho a un nivel de vida adecuado) y 12 (derecho a la salud) del Pacto. La relación con el derecho a la salud se explica debido a que la escasez de agua puede provocar que la poca disponible sea de mala calidad, poniendo en peligro la salud de las poblaciones que dependen de ella al aumentar el riesgo de sufrir distintos tipos de enfermedades, como las diarreicas o las de tracoma –una infección bacteriana que afecta a los ojos– (OMS, b) y c)). La falta de agua también obliga a las personas a desplazarse a lugares lejanos para conseguirla, después transportarla largos recorridos y, debido a las distancias, a almacenarla. Todo ello conlleva, además, un riesgo más elevado de que el agua se contamine.

La necesidad de reconocer este derecho y actuar para garantizarlo viene avalada por las elevadas cifras de personas que tienen problemas de acceso al agua potable y al saneamiento. Hablamos de más de dos billones de personas que carecen de acceso al servicio de agua potable gestionado de manera segura (OMS, 2017, p. 24) y de unos 2.400 millones que no tienen acceso a los servicios básicos de saneamiento (ONU). En el caso de que la temperatura media global aumentara 1,5ºC, estos datos serían aún más preocupantes, pues se daría una situación en la cual las personas expuestas al estrés hídrico se incrementarían en un 4% (IPCC, 2018, p. 453). Asimismo, se prevé que, como consecuencia de la reducción de las precipitaciones, junto con la mayor evaporación de las aguas superficiales motivada por las temperaturas más altas, y unido al aumento del nivel del mar que

contamina los recursos de agua dulce, el cambio climático disminuya la disponibilidad de agua y aumente la frecuencia de las sequías en zonas caracterizadas por su aridez (PNUMA, 2015, p.3).

7. Avances en la litigación climática en clave de derechos humanos

Ante la desprotección que enfrentan y los impactos del cambio climático que sufren las comunidades más expuestas y vulnerables, se ha abierto una vía de reclamación que está tomando cada vez más fuerza, tanto a nivel nacional como regional e internacional (FERNÁNDEZ, 2020). Nos referimos a la posibilidad de acudir a los tribunales para denunciar una situación insostenible: el exceso de emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los países más contaminantes, que afecta y pone en riesgo el disfrute de los DDHH y el modo de vida de ciertas poblaciones en particular y de la sociedad en general, tanto por lo que se refiere a la presente como a futuras generaciones.

La primera demanda planteada bajo esta visión del cambio climático basada en los DDHH fue la petición presentada por la Conferencia Circumpolar Inuit ante la Comisión Interamericana de DDHH, en el año 2005, contra los Estados Unidos de América (TORRECUADRADA, 2009, p. 307; PENTINAT, 2016, p. 37; HARRINGTON, 2006, p. 513). El pueblo inuit basaba su petición en el siguiente argumento: la emisión indiscriminada sin cortapisas de gases de efecto invernadero por parte de EEUU lo convertía en responsable de la destrucción del medio ártico, lo que, a su vez, afectaba a su derecho a mantener sus tradicionales modos de vida y ponía en peligro su propia integridad física. Pero a pesar de que este asunto atrajo el foco de atención gobiernos y medios de comunicación y creó muchas expectativas entre los defensores del medioambiente, no logró prosperar.

Para obtener un pronunciamiento favorable a las aspiraciones civiles encaminadas a reforzar los compromisos en la lucha contra el cambio climático, hemos tenido que esperar al caso pionero de *Urgenda contra Países Bajos*. En él, la Corte Suprema ratifica la decisión del Tribunal de Distrito de la Haya, que ya fue avalada por el Tribunal de Apelación tras el recurso planteado por el gobierno. Los tribunales se sirvieron de las obligaciones que descansan sobre los Estados en materia de protección y garantía de los DDHH para obligar al gobierno de los Países Bajos a asumir compromisos más altos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, ya que entendieron que, en base a las pruebas aportadas

por las partes, el cambio climático supone una amenaza real para que el derecho a la vida del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del mismo Convenio) de las generaciones actuales se vean puestos en entredicho.

En el ámbito regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco ha escapado a este tipo de reivindicaciones. En septiembre de 2020 el Tribunal admitía a trámite a la solicitud presentada por un grupo de 6 jóvenes portugueses, con edades comprendidas entre los 8 y los 21 años, contra todos los Estados miembros de la Unión Europea (incluido el reciente "desertor" del "club"), más Noruega, Rusia, Suiza, Turquía y Ucrania. ¿El motivo de la solicitud? Alegan que los Estados demandados, a través de sus respectivas contribuciones al cambio climático, están violando algunos de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los jóvenes destacan que los Estados contribuyen al cambio climático al permitir la liberación de emisiones dentro del territorio nacional, la exportación de combustibles fósiles extraídos en su territorio, la importación de bienes cuya producción implica la liberación de emisiones a la atmósfera; y que las entidades dentro de su jurisdicción contribuyan a la liberación de emisiones en el extranjero. Por lo que se refiere a los derechos afectados, se mencionan expresamente, como en el asunto *Urgenda*, el derecho a la vida y el derecho a la vida privada y familiar (arts. 2 y 8 respectivamente), añadiéndose en este caso el derecho a la no discriminación del art. 14 por razón de la edad, pues entienden que el hecho de que los efectos del cambio climático se agraven con el paso del tiempo es una cuestión que les afecta enormemente de cara a su desarrollo futuro (e incluso al de sus futuros hijos) (YOUTH4CLIMATEJUSTICE). El Tribunal ya anunció, a finales del pasado mes de noviembre, la admisión de la solicitud presentada y su tramitación con carácter prioritario debido a la importancia y urgencia de las cuestiones planteadas (WATTS, 2020). El hecho de que la petición haya recibido luz verde implica que los 33 Estados demandados deben dar una respuesta antes de que finalice el mes de febrero de 2021. En principio, los Estados podrían tratar de llegar a una suerte de solución amistosa (normalmente ofreciendo algún tipo de compensación pecuniaria) pero, si alguna de las partes no deseara llegar a un acuerdo, el procedimiento continuaría para que se resuelva sobre el fondo del asunto. Según *Global Legal Action Network*, organización que ha prestado apoyo técnico a los peticionarios, los Estados tendrán que responder, entre otras, a una de las preguntas enviadas por el Tribunal, a saber, si se estaba violando el derecho de los solicitantes establecido en el art. 3 del Convenio; artículo relativo al derecho a no

ser sometido a torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. De ahí que podamos intuir que el Tribunal puede considerar que los impactos derivados del cambio climático a los que se enfrentan los jóvenes portugueses son de tal magnitud que puedan poner en peligro o menoscabar este derecho (GLAN, 2020).

CONCLUSIÓN

Como hemos podido poner de manifiesto en líneas anteriores, existe un grave peligro de que el cambio climático se convierta en una cuestión de ideologías y se politice extremadamente. Con ello se corre el riesgo de que determinados líderes políticos desoigan las advertencias basadas en criterios científicos lanzadas por el IPCC y consideren que pueden o que tienen la opción de no adoptar medidas que contribuyan a la mitigación del cambio climático, cuando la realidad es bien distinta y requiere de un compromiso y una actuación firmes y decididos en la lucha contra el fenómeno, sin mayor dilación.

Esa realidad, palpable en todo el globo pero, fundamentalmente, en las zonas más expuestas y vulnerables a los perniciosos impactos del cambio climático, está teniendo repercusiones tanto en el entorno en el que se desarrollan sus sociedades como en los DDHH de las mismas. De este modo, se ha venido abriendo y desarrollando, desde hace algunos años, un nuevo enfoque para abordar el problema, basado en los DDHH de las personas. Con dicho enfoque se prestaría más atención a los individuos y las poblaciones de la que se le presta teniendo en mente una lógica economicista, donde lo que prima es el crecimiento económico.

Esta "nueva" perspectiva para analizar y tratar de ofrecer soluciones al problema también ha comenzado a estar presente y a gozar cada vez de mayor relevancia en el ámbito judicial. Así, podemos observar tentativas por parte de la población civil para tratar de obtener pronunciamientos favorables de los tribunales sobre la base de la afectación de los DDHH por el cambio climático atribuible a las emisiones de gases de efecto invernadero causadas por los Estados más contaminantes. Parece que, en este sentido, el "activismo judicial" puede jugar un papel importante.

En todo caso, los Estados deben tomar medidas de lucha contra el cambio climático, puesto que las obligaciones que pesan sobre ellos en materia de DDHH les obligan también a actuar contra este fenómeno en la medida en que afecta de lleno al disfrute de aquellos.

REFERENCIAS

a) Referencias bibliográficas

ANALITIS, A., GEORGIADIS, I. y KATSOUYANNI, K., "Forest fires are associated with elevated mortality in a dense urban setting", *Occupational Environmental Medicine*, vol. 69, nº. 3, 2012, pp. 158-162, p. 158.

DÍAZ CARAVANTES, R.E., CASTRO LUQUE, A.L., y ARANDA GALLEGOS, P., "Mortalidad por calor natural excesivo en el noroeste de México: Condicionantes sociales asociados a esta causa de muerte", *Frontera Norte*, vol. 26, nº. 52, 2014, pp. 155-17, p. 158.

HARRINGTON, J., "Climate change, human rights and the right to be cold", *Fordham Environmental Law Review*, vol. 18, nº. 3, 2006

LOMBORG, B., *El Ecologista escéptico*, Espasa Calpé, Madrid, 2003

NORDHAUS, W., "Climate change: the ultimate challenge for economics", *American Economic Review*, vol. 109, nº. 6, 2019, pp. 1991-2014.

ORESKES, N., "The scientific consensus on climate change", *Science*, vol. 306, nº. 5702, 2004, p. 1686

BORRÀS PENTINAT, S., y FELIPE PÉREZ, B., "El régimen jurídico del cambio climático: entre la justicia climática y los derechos humanos", Working Paper nº. 2, Universitad Rovira i Virgili, 2016.

SANZ DONAIRE, J.J., "Escepticismo al «cambio climático»: el ejemplo de las temperaturas", *NIMBUS*, nº 4, 1999.

STERN, N., *The economics of climate change: the Stern review*, Cambridge University Press, Nueva York y Cambridge, 2007

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "El cambio climático y los pueblos indígenas", en REMIRO BROTONS, A. y FERNÁNDEZ EGEA, R.Mª., (eds.), *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, Fundación BBVA, Bilbao, 2009, pp. 291-316, p. 307 y ss.

WALLEMACQ, P. y HOUSE, R., *Economic losses, poverty & disasters 1998-2017*, Centre for Research on the Epidemiology of Disasters y UNISDR, 2018.

b) Referencias jurídicas

Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos buscando reparación por las violaciones resultantes del calentamiento global causadas por las acciones y omisiones de los Estados Unidos, 7 de diciembre de 2005

Supreme Court of the Netherlands, Civil Division, ECLI: NL:HR:2019:2007, de 20 de diciembre de 2019

The Hague Court of Appeal, Civil-law Division, ECLI: NL:GHDHA:2018:2610, de 9 de octubre de 2018

The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs, ECLI: NL:RBDHA:2015:7196, de 24 de junio de 2015

c) Referencia de obras creadas por entidades

Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2010: desarrollo y cambio climático*, Washington, 2010.

Banco Mundial, *Shock waves: managing the impacts of climate change on poverty*, Washington, 2016.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº. 12, *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, 1999.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, 2000.

Consejo de Derechos Humanos, *Observación General nº. 6 sobre el Derecho a la vida (artículo 6)*, 1982.

Consejo de Derechos Humanos, *Observación General nº. 36 sobre el Derecho a la vida (artículo 6)*, 2018.

IPCC, *Climate change 2014. Impacts, Adaptation, and vulnerability. Part A: global and sectoral aspects, Working Group II Contribution to the Fifth Assessment Report of the IPCC*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014.

IPCC, *Global Warming of 1.5° C.* An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, 2018, *en prensa*

MBUENDE, K., Documento del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas S/PV.5663, de 17 de abril de 2007

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH, *Estudio analítico de la relación entre el cambio climático y el derecho humano de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 2016.

OMS y UNICEF, *Progresos en materia de agua potable, saneamiento e higiene: informe de actualización de 2017 y línea de base de los ODS*, Ginebra, 2017

PARLAMENTO DE VICTORIA, *2009 Victorian bushfires Royal Commission Final Report: Summary*, Melbourne, 2010.

PNUMA y Columbia Law School, *Climate change and human rights*, Nairobi, 2015

Relator Especial sobre la extrema pobreza y los DDHH, *El cambio climático y la pobreza*, documento A/HRC/41/39, de 17 de julio de 2019.

d) Referencias web

CLAYFIELD, M., *Vietnam's lowlands to go under with climate change, bank report says*, ABC News, 2016. Disponible en <https://www.abc.net.au/news/2016-04-13/vietnams-low-lands-to-go-under-with-climate-change,-report-says/7321970 >. Último acceso: 14 de en. 2021, 09:37:00.

FERNÁNDEZ EGEA, R.Mª., *La litigación climática a las puertas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el asunto de los jóvenes portugueses c. Portugal y otros 32 Estados*, aquiescencia, blog de derecho internacional, 2020. Disponible en <https://www.abc.net.au/news/2016-04-13/vietnams-low-lands-to-go-under-with-climate-change,-report-says/7321970 >. Último acceso: 14 de en. 2021, 09:37:00.

HANSEN, K., *Amphan batters India, Bangladesh*, NASA Earth Observatory, 2020. Disponible en Disponible en <https://earthobservatory.nasa.gov/images/146749/amphan-batters-india-bangladesh>. Último acceso: 14 de en. 2021, 09:41:00.

INTERNATIONAL CLIMATE SCIENCE COALITION. Disponible en <http://www.climatescienceinternational.org>. Último acceso: 14 de en. 2021, 09:12:00.

GILBERT, A., *Brasil renuncia a acoger la cumbre del clima*, 2018. Disponible en <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20181129/brasil-renuncia-acoger-cumbre-clima-7175685>. Último acceso: 14 de en. 2021, 09:12:00.

GLAN, *European Court of Human Rights is fast-tracking a climate case against 33 European States brought by 6 Portuguese youth*, 2020. Disponible en < https://www.gardencourtchambers.co.uk/news/european-court-of-human-rights-is-fast-tracking-a-climate-case-against-33-european-states-

brought-by-6-portuguese-youth#:~:text=Today%2C%20the%20European%20Court%20of,climate%20case%20against%2033%20countries.&text=The%20four%20children%20and%20two,for%20fuelling%20the%20climate%20crisis.>. Último acceso: 15 de en. 2021, 13:59:00.

GÓMEZ, A., *El cambio climático calienta el debate científico*. Disponible en <http://www.expansion.com/2008/04/03/entorno/1107278.html>. Último acceso: 14 de en. 2021, 08:22:00

MANNIX, L., "'Many, many billions' of animals feared to have died in bushfires", The Sydney Monrning Herald, 2020. Disponible en <https://www.smh.com.au/national/many-many-billions-of-animals-feared-to-have-died-in-bushfires-20200108-p53pvk.html>. Último acceso: 26 de en. 2021, 18:21:00

MCDONNELL, T., *El cambio climático ha creado una nueva crisis migratoria en Bangladesh*, National Geographic, 2019. Disponible en <https://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/2019/01/el-cambio-climatico-ha-creado-una-nueva-crisis-migratoria-en-bangladesh>. Último acceso: 14 de en. 2021, 12:22:00

MYDANS, S., *Vietnam finds itself vulnerable if sea rises*, The New York Times, 2009. Disponible en <https://www.nytimes.com/2009/09/24/world/asia/24delta.html>. Último acceso: 14 de en. 2021, 15:18:00

NATIONAL GEOGRAPHIC, *Bangladesh: la amenaza del océano*, 2016. Disponible en <https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/grandes-reportajes/bangladesh-la-amenaza-del-oceano_4237/1>. Último acceso: 14 de en. 2021, 13:34:00

NOTICIAS ONU, *Bolsonaro afirma que es una falacia que la Amazonía sea patrimonio de la humanidad o el pulmón del planeta*. Disponible en <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462652>. Último acceso: 11 de en. 2021, 18:59:00.

OMS a), *Heat and health*, Fact Sheets. Disponible en <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-heat-and-health>. Último acceso: 13 de en. 2021, 19:36:00.

OMS b), *Enfermedades diarreicas*, Fact Sheets. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/diarrhoeal-disease>. Último acceso: 13 de en. 2021, 19:36:00.

OMS c), *Tracoma*, Fact Sheets. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/trachoma >. Último acceso: 13 de en. 2021, 19:36:00.

ONU, *Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos*. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>. Último acceso: 13 de en. 2021, 20:43:00.

REJÓN, R., *Bolsonaro se une a Donald Trump en el eje que mina la lucha contra el cambio climático*, elDiario.es, 2018. Disponible en <https://www.eldiario.es/sociedad/bolsonaro-trump-lucha-cambio-climatico_1_1886629.html>. Último acceso: 11 de en. 2021, 18:50:00.

REUTERS, *Las emisiones de carbono de Brasil crecieron un 9,6% en 2019 por la deforestación del Amazonas*, 2020. Disponible en < https://www.reuters.com/article/brasil-ambiente-idESKBN27M2BH>. Último acceso: 11 de en. 2021, 19:05:00

SEITZ, F. y JASTROW, R., *Do people cause global warming?*, The Heartland Institute, 2001. Disponible en <https://www.heartland.org/news-opinion/news/do-people-cause-global-warming>. Último acceso: 14 de en. 2021, 10:38:00.

STIGLITZ, J., "The climate crisis is our third world war. It needs a bold responde", The Guardian, 2019. Disponible en <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jun/04/climate-change-world-war-iii-green-new-deal>. Último acceso: 20 de en. 2021, 15:14:00.

TISEO, I., *Number of deaths from natural disaster events globally from 2000 to 2019*, Statista, 2020. Disponible en <https://www.statista.com/statistics/510952/number-of-deaths-from-natural-disasters-globally/>. Último acceso: 14 de en. 2021, 17:24:00.

WATTS, J., European states ordered to respond to youth activists' climate lawsuit, The Guardian, 2020. Disponible en < https://www.theguardian.com/environment/2020/nov/30/european-states-ordered-respond-youth-activists-climate-lawsuit >. Último acceso: 15 de en. 2021, 17:04:00.

YOUTH4CLIMATEJUSTICE. Disponible en <https://youth4climatejustice.org/the-case/>. Último acceso: 15 de en. 2021, 16:49:00.

"A SIRENE NUNCA SALVOU A VIDA DE NINGUÉM": apontamentos para a contra colonização em áreas mineradas

Larissa Pirchiner de Oliveira Vieira
Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito
Universidade Federal Fluminense
larissapovadv2@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho pretende fazer uma leitura dos efeitos do atual modelo dito de desenvolvimento adotado no Brasil e na América Latina que prioriza a extração de matéria-prima (minérios) para exportação, frente a populações racializadas. Esses projetos aprofundam desigualdades sociorraciais historicamente existentes, a partir da reprodução de uma lógica racista e colonialista. Apesar disso, as populações atingidas por este modelo seguem em luta pelo reconhecimento dos seus direitos e pela reparação dos danos causados, a partir de variadas estratégias de resistência. O presente artigo aborda, através de jornais eletrônicos, revisão de literatura e também com base na experiência empírica da autora como advogada popular e visita dos autores aos municípios atingidos, em especial nas comunidades negras em Conceição do Mato Dentro e em Alvorada de Minas, no Estado de Minas Gerais, momentos dessa tensão, com inflexão nos testemunhos dramáticas convertidos em falas de resistências, endossando a tese da contra colonização apresentada por Antônio Bispo dos Santos (2015)

Palavras-chave: Conflitos socioambientais – mineração – racismo – contra colonização -

Abstract: The present work intends to read the effects of the current model of development adopted in Brazil and Latin America that prioritizes the extraction of iron ores for export, against racialized populations. These projects deepen historically existing socio-racial inequalities, based on the reproduction of a racist and colonialist logic. Despite this, the populations affected by this model continue to struggle to recognize their rights and to repair the damage caused, based on various resistance strategies. This article addresses, through electronic newspapers, literature review and also based on the author's empirical experience as a popular lawyer and visit of the authors to the affected municipalities, especially in black

communities in Conceição do Mato Dentro and in Alvorada de Minas, in the State of Minas Gerais, moments of this tension, with an inflection in the dramatic testimonies converted into speeches of resistance, endorsing the thesis of counter colonization presented by Antônio Bisspo dos Santos (2015)

Keywords: socio-environmental conflicts - mining - racism - against colonization

INTRODUÇÃO

Um vilarejo pequenino, mas com grandes histórias.

Pessoas simples de boas memórias.

Um passado de lindas recordações, um futuro indeciso onde vemos somente tristeza e dor. Uma bomba rio acima prestes a detonar, e mais uma vez a comunidade se pergunta Até quando nós iremos viver e chorar?

Queremos paz em outro lugar.

Queremos dormir e poder acordar, sonhar e realizar.

Ver os nossos filhos
crescer e com
tranquilidade viver.
Peço a Deus para nos
iluminar".

(Mariane Simões, Comunidade de Água Quente, Conceição do Mato Dentro, em audiência pública ocorrida no dia 29/08/2017)

Mariane Simões, moradora da comunidade de Água Quente, município de Conceição do Mato Dentro, Minas Gerais, leu o poema acima em uma audiência pública ocorrida na comunidade do Jassém, município de Alvorada de Minas, também no Estado de Minas Gerais, no Brasil, em 29 de agosto de 2017 organizada para tratar das condições das populações que vivem a jusante da barragem de rejeitos da empresa Anglo American. A barragem, portanto, foi construída em cima dessas comunidades que hoje vivem sob a incerteza do futuro. Assim como Água Quente e Jassém existem muitas outras comunidades em Minas Gerais, atingidas por "megaprojetos de expropriamento".[1]

[1] O termo é utilizado por Antônio Bispo dos Santos, escritor, mestre quilombola, lavrador, formado por mestras e mestres de ofícios, morador do Quilombo do Saco-

Esta tem sido a realidade do atual modelo, dito de desenvolvimento, adotado no Brasil e na América Latina, baseado no extrativismo, que prioriza a extração de matéria-prima para exportação, trazendo ameaças e provocando danos, especialmente em populações racializadas, tais como pessoas negras e/ou povos e comunidades tradicionais.

Nesse contexto, o Estado de Minas Gerais, localizado no sudeste do Brasil, é conhecido por cidades da era colonial que remetem à corrida-do-ouro no país. O desbravamento na região, que hoje compreende o Estado de Minas Gerais, se iniciou no século XVI, por bandeirantes, em busca de ouro e pedras preciosas. No início do século XVIII, a região tornou-se um importante centro econômico da colônia, com rápido povoamento. A produção de ouro começou a cair por volta de 1750, mas a absoluta influência da mineração na economia do Estado inibiu, de certa forma, o desenvolvimento de outras atividades econômicas de exportação. (GOVERNO DE MINAS GERAIS, 2021)

Na atualidade, o Estado de Minas Gerais ainda possui intensa dependência da atividade mineradora existente em pelo menos 250 dos 853 municípios. A atividade traz inúmeros danos ao meio ambiente e gera conflitos socioambientais entre as populações locais. A intensa extração do minério-deferro também gera rejeitos armazenados em pelo menos 698 barragens cadastradas das quais pelo menos 22 estão sem estabilidade reconhecida pelos órgãos competentes (BRESSER, 2019).

A atividade minerária gera conflitos socioambientais e a constatação é de que são os povos racializados e, portanto, não brancos, os mais afetados por este modelo. Isso reforça a ideia de que o modelo extrativista se utiliza do racismo e do colonialismo, gerando um aprofundamento de desigualdades sociorraciais históricas da sociedade brasileira.

Deve-se considerar ainda os mais de 300 anos sob o modo de produção escravista e, quando da falsa abolição, o Estado jamais promoveu qualquer medida reparatória para a população negra. Nos anos subsequentes, o Estado, pelo contrário, estabeleceu políticas e práticas com intuito de negar o racismo e atribuir única e exclusivamente ao povo negro, aos povos originários, em suma, aos povos racializados, os ônus pelos anos de escravidão.

Curtume (São João do Piauí), Estado do Piauí, região nordeste do Brasil, autor de artigos, poemas e livros, dentre eles *Colonização, Quilombos: modos e significados* (2015).

Apesar disso, as populações atingidas, em sua maioria negras, e os povos e comunidades tradicionais, seguem em resistência pela sobrevivência e manutenção de seus territórios, seus modos de vida e em constante luta pelo reconhecimento de seus direitos e pela reparação de todos os danos.

1. ROMPIMENTOS DE BARRAGEM EM MINAS GERAIS: UMA TRAGÉDIA ANUNCIADA

Priscila Monteiro faz aniversário dia 5 de novembro. Nesta data em 2015 estava na sua casa, em Bento Rodrigues, localidade pertencente ao município de Mariana em Minas Gerais.

> Pensa em milhões de trovoadas de uma vez. Era o barulho da lama. As paredes da casa começaram a tombar em cima da gente. Meu irmão gritava. Veio a lama e arrancou meu filho de 2 anos e minha sobrinha dos meus braços. Foram os dois, dentro da lama. Eu afundei. Não enxergava mais nada. (...) Aí, senti a dor do aborto. A dor do aborto. Perdi meu bebê e fui arrastada pela lama. Eram ondas, eu afundava, me cortava toda. Engoli muita lama. Furei meu rosto e cortei costela, pernas, braços, nádegas. Meu maxilar saiu do lugar. A lama levou toda minha roupa (Priscila Monteiro, em entrevista à BBC – SENRA, 2016).

Priscila estava grávida e foi arrastada por mais de um quilômetro, motivo pelo qual sofreu um aborto, tendo ficado 13 dias internada. Durante a internação soube que o marido e o filho Caíque estavam vivos, mas a sobrinha, Emanuele Vitória, à época com 5 anos, havia morrido.

O rompimento da barragem ocorrido no dia 5 de novembro de 2015, com o rompimento da barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, no Município de Mariana/MG, vitimou fatalmente 19 pessoas, sendo que Priscila, após ter sofrido o aborto luta para que seja reconhecida a 20ª vítima. "Não são 19, são 20 (mortes). Meu filho é vítima. Eu amava. Eu tinha roupinhas", diz Priscila à reportagem.

Foram cerca de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, entre outros particulados, despejados no Subdistrito de Bento Rodrigues, município de Mariana. O distrito de Bento Rodrigues ficou soterrado pela lama. Ele estava localizado a 6 km da barragem da empresa Samarco, uma *joint-venture* entre a Vale S.A. e a anglo-australiana BHP Billiton. Paracatu de Baixo, outra localidade no entorno da barragem, também ficou soterrada pela lama. A lama percorreu centenas de quilômetros por 20 dias pelo Rio Doce - importante

rio federal que era fonte de subsistência e abastecimento para milhares de famílias - até desaguar no mar em 21 de novembro de 2015, no distrito de Regência, no município de Linhares, Estado do Espírito Santo, também localizado na região sudeste do Brasil.

> Ouvi um estrondo e tudo escureceu. O barulho era inexplicável, parecia que eu estava no inferno. Já havia terminado meus afazeres e resolvi subir no segundo andar para ajudar um colega. Foi quando eu ouvi o estrondo. Na hora só pensei em correr para o mato. Corri tanto que perdi os sentidos. Se alguém disser que algum alarme soou, é mentira.
>
> (Luiz Sávio Lopes de Castro, em entrevista ao *El País* - ROSSI, 2019)

Luiz Sávio era funcionário da Reframax Engenharia, empresa que operava na mina do Córrego do Feijão e sobreviveu ao desastre-crime ocorrido no dia 25 de janeiro de 2019.

Pouco mais de três anos depois do desastre-crime em Mariana, no dia 25 de janeiro de 2019 se rompeu outra barragem da empresa Vale S.A., localizada no município de Brumadinho, região metropolitana de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais. Desta vez deixando 272 mortos, dentre esses, corpos que jamais foram encontrados. A lama decorrente do novo desastre-crime percorreu cerca de 300 km pelo Rio Paraopeba trazendo danos irreversíveis ao meio ambiente e às famílias banhadas e sob influência do Rio.

Todos esses desastres-crimes e os ditos projetos de desenvolvimento, geram conflitos socioambientais que são definidos Acselrad (2004, p. 26) como,

> (...) aqueles envolvendo grupos sociais com modos diferenciados de apropriação, uso e significação do território, tendo origem quando pelo menos um dos grupos tem a continuidade das formas sociais de apropriação do meio que desenvolvem ameaçadas por impactos indesejáveis – transmitidos pelo solo, água, ar ou sistemas vivos – decorrentes do exercício das práticas de outros grupos.

Mansur *et al* (2016, p.18) destacam o contexto econômico em que ocorreu o rompimento da barragem do Fundão:

> (...) marca, no Brasil, o fim do megaciclo das commodities que ocorreu durante a primeira década dos anos 2000. Este megaciclo pode ser associado ao período entre 2003 e 2013, quando as importações globais de minérios saltaram de US$ 38 bilhões para US$ 277 bilhões (um aumento de 630%).

Os mesmos autores, demonstram a partir de dados que "existe uma relação estrutural entre eventos de rompimento de barragens de rejeitos e os ciclos

econômicos da mineração" (MANSUR *et al*, 2016, p. 19*)*, demonstrando assim o caráter estrutural do rompimento da barragem de Fundão. O livro *Antes fosse mais leve a carga*, escrito logo após o rompimento da barragem de Fundão, soa como terrível profecia, que se concretizaria em 2019, quando do rompimento da barragem de Brumadinho, isto é, quase três anos depois. Os rompimentos de barragem de rejeito, portanto, parecem ser uma questão de quando irão e não se irão romper. É quase uma certeza. Assim como as barragens em Mariana e Brumadinho, centenas de outras estão espalhadas pelo Estado de Minas Gerais.

"A sirene nunca salvou a vida de ninguém e nunca vai salvar, como as pessoas deficientes vão correr? E os idosos?", indaga José Maria da Silva, pessoa com deficiência em entrevista ao *Jornal Brasil de Fato* (ZONTA, 2018). José Maria é morador de São José do Jassém, distrito do município de Alvorada de Minas, onde se localiza o empreendimento da empresa Anglo American.

"Se a sirene apitar, até a gente conseguir sair daqui, a lama já chegou. O barulho vai servir só para anunciar a nossa morte." A fala é de Darcília Pires de Sena, moradora da Comunidade de Passassete localizada a 1,5km da barragem da empresa Anglo American, em entrevista a *O Tempo* (PEDROSA e ARIADNE, 2017).

O projeto em questão envolve uma mina, uma usina de beneficiamento em Conceição do Mato Dentro/MG em localidade limítrofe com o município de Alvorada de Minas, um mineroduto de 529Km (o maior do mundo) de extensão que percorre 33 municípios mineiros e fluminenses, bem como um terminal de minério de ferro (porto marítimo e um distrito industrial) em Porto do Açu – São João da Barra, no Estado do Rio de Janeiro. Atualmente, o projeto se encontra em fase de operação, e em sua terceira fase de expansão da mina, bem como alteamento da barragem de rejeitos.

Os empreendimentos de mineração presentes no Estado de Minas Gerais se encontram no contexto de atual modelo dito de desenvolvimento adotado no Brasil e na América Latina baseado no extrativismo, que prioriza a extração de matéria prima para exportação, trazendo ameaças e provocando danos especialmente em populações racializadas, tais como pessoas negras e/ou povos e comunidades tradicionais.

2. "DO QUE TODAS ESSAS COMUNIDADES SÃO ACUSADAS?"[2]: COLONIZAÇÃO E RACISMO NOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS EM MINAS GERAIS

"A gente era uma cidadezinha danada de bonita. Com direito a praça, igreja, escola. Namoro na rua, amigos no bar. Éramos uma família" relata o morador de Bento Rodrigues Altieri Caetano em entrevista ao Jornal *Hoje em Dia* (CARVALHAES, 2015). "Conhecíamos todo mundo, cada canto, cada lugar. É incrível como uma cidade que por tanto tempo foi a nossa casa simplesmente desapareceu no meio da lama", continua.

O distrito de Bento Rodrigues, destruído pela lama da mineradora Samarco, tinha potencial turístico e as atividades econômicas eram baseadas na agricultura de subsistência, em que pese a atividade mineradora gerar empregos diretos e indiretos.

Figura 1: Antes e depois de Bento Rodrigues



Fonte: UOL, disponível em: http://arte.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/16/antes-depois-bento-rodrigues/

[2] Antônio Bispo dos Santos, *Colonização, quilombos, modos e significações*, p. 76

Mas quem são os povos mais prejudicados pelos rompimentos de barragem? A devastação de lama causada pelo rompimento da barragem, acabou por atingir de forma mais intensa populações racializadas que já estão inseridas numa lógica de exclusão e desigualdades históricas.

É o que constatou Wanderley (2015, p.4) após levantamento de dados feitos posteriormente ao desastre-crime ocorrido em 2015. Os dados apontam a maior concentração de pessoas negras próximo às principais estruturas do empreendimento, ou seja, nos locais com maior risco de serem atingidos pela lama de rejeitos. A pesquisa feita com base em dados do IBGE destaca que Bento Rodrigues, com uma população aproximadamente 85% negra, se encontrava a pouco mais de 6 km da barragem de rejeitos rompida e 2 km da barragem do Santarém; Paracatu de Baixo, com 80%, de população negra, se situava a pouco mais de 40 km a jusante da barragem rompida (seguindo o curso do rio Gualaxo do Norte); o povoado de Gesteira, afastado aproximadamente 62 km da barragem, apresenta 70,4% da população negra, e a cidade de Barra Longa, com 60,3% da população negra, dista cerca de 76 km da barragem, conforme representação abaixo:

Figura 2 - Representação das comunidades que viviam no entorno da barragem de Fundão



Fonte: Justiça Global (2015), com base em dados do IBGE sistematizados por Wanderley (2015, p.4)

> O racismo não se caracteriza no presente caso apenas pela existência de populações mais próximas às estruturas da barragem que se rompeu, mas também por práticas cotidianas, tratamentos diferenciados no atendimento, nas negociações, não reconhecimento enquanto atingido/a e em diversas situações de ação ou omissão no processo de execução das medidas de reparação por parte da Fundação RENOVA, conforme denúncia de moradores/as de Barra Longa - também atingido pela barragem de Fundão - por exemplo (CAMILO, 2019).

Situação semelhante ocorre no contexto do projeto Minas Rio em Conceição do Mato Dentro e Alvorada de Minas, também no Estado de Minas Gerais.

"Antes tinha água boa aqui. Dava para beber, brincar, plantar. Agora, acabou o peixe que tinha, e, se a gente beber a água, dá dor de barriga" é o que relata Anísio Santos de Jesus, da comunidade de Água Quente, Conceição do Mato Dentro, em entrevista a *O Tempo* (PEDROSA e ARIADNE, 2017).

"Antes da mineradora (Anglo American) chegar, a gente apanhava água no rio." São os dizeres de João Rodrigues da Silva (*in memorian*), morador da comunidade de Passasete, em Conceição do Mato Dentro (PEDROSA e ARIADNE, 2017).

Água Quente, localizada à jusante da barragem de rejeitos, há cerca de 3km possui cerca de 29 casas e seus membros, em sua maioria são agricultores e possuem laços de parentesco entre si. (SANTOS e MILANEZ, 2018, p.182). Já a comunidade de Passa Sete também a jusante da barragem a uma distância de aproximadamente 1,5km é uma comunidade ribeirinha, constituída por cerca de 12 casas. Os moradores, em sua maioria são nascidos e crescidos na região e muitos possuem relação de parentesco entre si (SANTOS e MILANEZ, 2018, p.163). Importante mencionar que muitos dos membros são oriundos da Comunidade de Água Santa/Mumbuca, comunidade quilombola que se localizava onde hoje é a barragem de rejeitos e foi reassentada para que fosse construída a estrutura.

O conflito perdura por cerca de 10 anos e possui várias polêmicas que podem ser resumidas na figura a seguir:

Figura 3 - Sistematização dos anos de polêmica envolvendo o projeto Minas Rio



1957

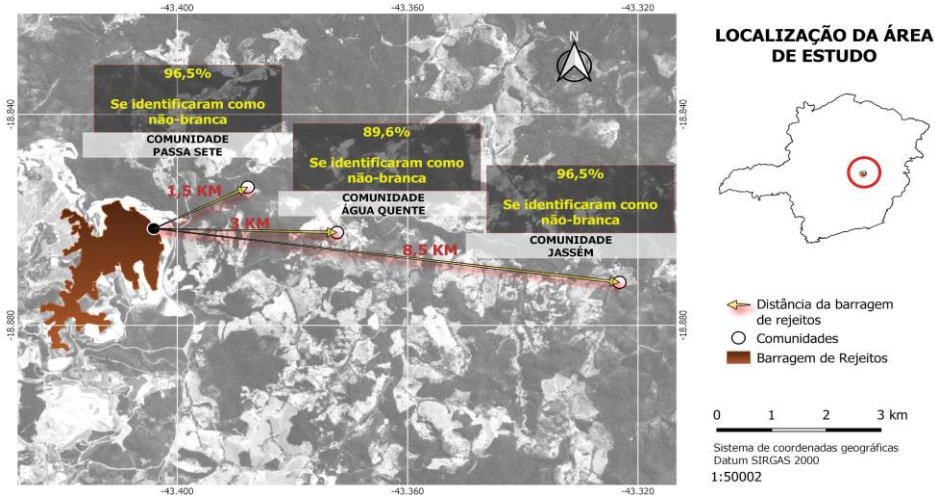
Fonte: *O Tempo*, disponível em: https://www.otempo.com.br/hotsites/mina-de-conflito

Hoje, segundo Inquérito Civil, n. 0175.15.000261-6 do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Conceição do Mato Dentro, aberto logo após o desastre-crime da Samarco/Vale/BHP Billiton em Mariana, há cerca de 400 pessoas vivendo na zona de autossalvamento (comunidades de São José do Jassém, Passa Sete e Água Quente), ou seja, à jusante da barragem de rejeitos.

A composição étnico-racial das comunidades que residem no entorno das estruturas do empreendimento Minas-Rio, especialmente à jusante da barragem de rejeitos é majoritariamente de pessoas negras. Segundo dados apresentados no estudo coordenado por SANTOS e MILANEZ (2018), a composição étnica racial da população atingida pelo complexo minerário Minas Rio é composta 82% por pessoas não brancas.

A figura abaixo expõe a proximidade dessas comunidades da barragem de rejeitos:

Figura 4 - Comunidades à jusante da barragem de rejeitos da Anglo American



Fonte: Hugo H. Cardoso de Salis, com base em dados de SANTOS e MILANEZ (2018, p. 127) e GESTA/UFMG (2018)

Antônio Bispo dos Santos (2015) nomeia como "guerra de colonização" o cenário de atuação das empresas transnacionais com seus projetos desenvolvimentistas, onde o autor identifica dois blocos antagônicos: os colonizadores e os contra colonizadores.

Em seus escritos, o autor questiona a atuação das empresas transnacionais com seus projetos desenvolvimentistas. Para ele tais projetos são nada menos que "megaprojetos de expropriamento que os colonizadores estão querendo nos impor, sem qualquer debate ou reflexão mais profunda sobre as suas drásticas e irreversíveis consequências." (SANTOS, 2015, p. 76)

O autor compara ainda os Estudos de Impacto Ambientais (EIA/RIMAs) - os relatórios técnicos que, em tese, deveriam avaliar as consequências **ambientais** decorrentes de um determinado projeto - como uma ressignificação da carta de Pero Vaz de Caminha. Para ele,

> EIA/RIMAS, ao invés de analisarem os reais impactos socioculturais e ambientais que esses projetos causarão ao meio ambiente e as populações locais, são utilizados como instrumentos ideológicos de promoção da recolonização e é exatamente por isso que prefiro chamá-los de projetos de expropriamento. (SANTOS, 2015, p.71)

No caso do empreendimento Minas Rio, os EIA/RIMA iniciais reconheceram a existência de apenas duas comunidades como atingidas, isto é, como incluídas na Área Diretamente Afetada (ADA) pelo empreendimento. Foi preciso um processo intenso de mobilização dos/as atingidos/as, movimentos sociais e setores da universidade para reivindicar estudos complementares ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Os estudos complementares, feitos pela empresa Diversus, identificaram 1.480 pessoas vivendo em 22 localidades, que vão desde distritos, passando por comunidades bem delimitadas, até regiões formadas por uma sequência de propriedades ao longo de uma estrada de referência, entre São José do Jassém e o distrito de São Sebastião do Bom Sucesso (Sapo) (DIVERSUS, 2011, p. 37).

"Do que todas essas comunidades são acusadas?", pergunta Santos. "De serem povos atrasados, improdutivos e sem cultura, portanto, um empecilho ao avanço e ao desenvolvimento da integridade moral, social e econômica e cultural dos colonizadores."(SANTOS, 2015, p.76)

O autor destaca ainda, comparando o atual processo vivido no contexto do modelo desenvolvimentista que:

> O que podemos perceber é que essas comunidades continuam sendo atacadas pelos colonizadores que se utilizam de armas com poder de destruição ainda mais sofisticado, numa correlação de forças perversamente desigual. Só que hoje, os colonizadores, ao invés de se denominarem Império Ultramarino, denominam a sua organização de Estado Democrático de Direito e não apenas queimam, mas também inundam,

> implodem, trituram, soterram, reviram com suas máquinas de terraplanagem tudo aquilo que é fundamental para a existência das nossas comunidades, ou seja, os nossos territórios e todos os símbolos e significações dos nossos modos de vida.

E assim, as comunidades vão sendo vítimas de uma espécie de recolonização, sendo que se entende por colonização, a partir de Santos, "todos os processos etnocêntricos de invasão, expropriação, etnocídio, subjugação e até de substituição de uma cultura pela outra, independentemente do território físico geográfico em que essa cultura se encontra" (SANTOS, ano, p. 47-48). Apesar disso, as comunidades resistem travando processos de luta e resistência. As comunidades então podem ser chamadas de povos contra colonizadores.

3. A LUTA E RESISTÊNCIA DOS POVOS CONTRA COLONIZADORES ATINGIDOS POR BARRAGENS DE REJEITO E POR "MEGA PROJETOS DE EXPROPRIAMENTO"

Santos define por contra colonização, "todos os processos de resistência e de luta em defesa dos territórios dos povos contra colonizadores, os símbolos, as significações e os modos de vida praticados nesses territórios." (SANTOS, 2015, p.48)

As comunidades atingidas pela mineração podem assim ser definidas como povos contra colonizadores que seguem em resistência em busca da garantia de seus direitos e muitas vezes da retomada de seus territórios, pois "para essas comunidades contra colonizadoras, a terra era (e continua sendo) de uso comum e o que nela se produzia era utilizado em benefício de todas as pessoas, de acordo com as necessidades de cada um (...)" (SANTOS, 2015, p. 48)

Um ano após o crime da Samarco/Vale/BHP, atingidos/as ocuparam o que restou de Bento Rodrigues para lutar por justiça. O crime não acabou, as violações continuam, e atingidos/as seguem em luta ainda hoje pelos seus direitos e pela reparação integral.

Figura 5 - Foto de Atingidos/as pelo crime da Samarco/Vale/BHP em Bento Rodrigues



Fonte: Imagem: Yuri Barichivich/ Greenpeace, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimasnoticias/redacao/2016/11/06/um-ano-de-marina-maior-desastre-ambiental-do-brasil-deixa-duras-licoes.htm>

Santos (2015, p.77) defende que as comunidades contra colonizadoras, frente ao poder dos colonizadores:

> [...] além das suas tradicionais armas de defesa, aos poucos, vêm se apropriando das armas de ataque dos colonizadores. Apesar disso, infelizmente, na maior parte das vezes as armas tecnológicas são apresentadas com um poder de destruição muitas vezes maior que o poder de defesa e de construção da vida das armas dos direitos legais, as quais muitas vezes as comunidades se apegam e seguem resistindo. (SANTOS, ano, p.77)

As resistências seguem em todos os contextos e o poder racista e colonizador se depara com elas constantemente. Ainda que as empresas tentem negar a própria existência das pessoas atingidas, estas encontram forças para lutar criando cenários de resistência e luta pela própria sobrevivência.

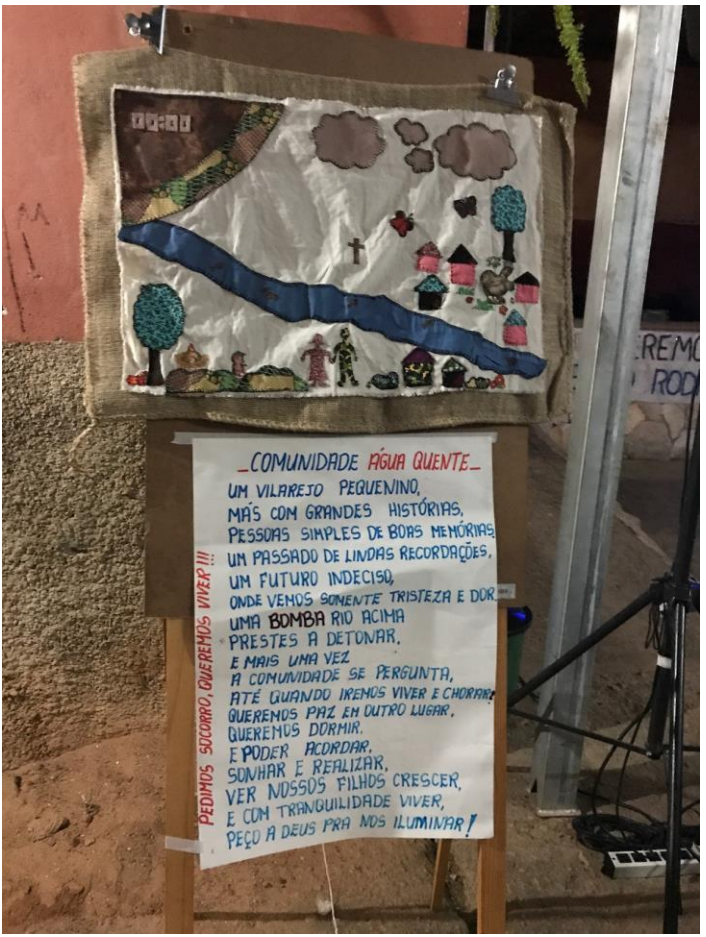
"Os bichos somos nós, que vestimos roupa, que falamos diante do microfone." É o que destaca Darcília Pires em audiência pública ocorrida em 29 de agosto de 2017 ao questionar o tratamento da empresa em relação às comunidades:

> A gente é considerado como bicho do mato, porque fora daqui eu fui numa reunião, eles continuam falando isso. Eu fui numa reunião no Rio de Janeiro e lá estava escrito que não existia um morador abaixo do empreendimento, gente. Para quem não ouviu isso, hoje eu estou declarando, havia mata virgem, e criador de bicho. Mais uma vez eu digo isso, e os bichos que vestem roupa, de novo eu levanto os meus braços para dizer isto. Os bichos somos nós, que vestimos roupa, que falamos diante do microfone. (Darcilia Pires, transcrição de audiência realizada em 29 de agosto de 2017, p.6 - MPMG)

O medo do rompimento é constante. Apesar disso, várias são as formas de resistência para expor a exemplo da arte:

> Falo também do medo da represa, né, da barragem, porque a falta de água é fato, mas e o medo da gente viver debaixo da represa? A gente se tornar pessoas... nós somos atingidos, então o medo da gente viver abaixo do empreendimento e, de uma hora para outra, acontecer igual aconteceu em Mariana, a barragem de Fundão estourar, é enorme, porque está chegando no período de chuva, agora em outubro começa o período de chuva na nossa região. Então, a gente vê que os volumes dos rios aumentam, então gera, com certeza, o aumento da água deles lá também é em grande quantidade. Então, para a gente que está abaixo do empreendimento, isso é um pesadelo, porque a gente não consegue dormir, a gente fica apavorado. O meu sogro tem uma mãe com 96 anos, completou agora em agosto, se, Deus nem deixa, essa represa, essa barragem estoura, como a gente vai tirar uma senhora acamada de 96 anos e conseguir correr com ela, gente? A gente, pode ser que a gente tenha perna, porque pode ser que a gente também não tenha perna para a gente correr, mas e ela que, de fato, já está acamada, como a gente vai conseguir salvar uma senhora assim? Crianças, como a gente vai conseguir se a gente estiver longe de nossas crianças? Como que a gente vai conseguir socorrêlas? Então, é muito triste o que está acontecendo.
>
> (...)
>
> Então, eu peço, de coração, que as autoridades competentes aqui façam alguma coisa pela gente. E atrás de mim aqui tem um painel, esse painel aqui chama arpillera. Então, foi uma forma que a gente reuniu a comunidade e fizemos este painel, porque é um painel que você consegue expressar o seu sentimento e através dele, você consegue lutar, você consegue passar alguma coisa que você está sentindo, o que isso está acontecendo na comunidade ou através dele. (Mariane Simões, transcrição de audiência realizada em 29 de agosto de 2017, p.9-10 - MPMG)

Figura 6 - Painel feito pelas mulheres atingidas e a barragem representada como uma bomba relógio - técnica Arpilleras



Fonte: Arquivos pessoais da autora

"Nós não vamos parar de lutar não.", é o que garantiu Ivalnilde Pacífica Neves, moradora da comunidade do Jassém:

> Não tem aonde plantar mais, não tem uma água direito para a gente fornecer as nossas casas, como que vai ser a nossa vida aqui de agora para frente? Nós somos obrigados a continuar vivendo assim por causa de uma irresponsabilidade essa mineradora que veio para aqui? Eles agora que aguenta.
>
> Eles 'aguenta' a pressão dos moradores, porque nós não vamos parar, enquanto eles não 'tiver' uma solução e tirar a gente daqui. Nós não vamos

> parar. (...) Traz as nossas 'água' de volta, 'traz a nossas 'vida' de volta. Porque aqui tem um rapaz aqui que é deficiente auditivo, tem o Zé Maria, que tem a dificuldade de locomoção, têm pessoas que têm crianças e se essa barragem romper lá? Quanto tempo essas crianças, quanto tempo essas pessoas vão se salvar? Ué, é responsabilidade deles. Então, eles que 'acordam' e tira o pessoal da área risco. Porque nós não vamos parar de lutar não. (Ivanilde Pacífica Neves, transcrição de audiência realizada em 29 de agosto de 2017, p.15-16 - MPMG)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de desenvolvimento baseado na extração de matéria prima gera rejeitos e impõe aos povos racializados a viva sob o constante medo do rompimento de uma barragem ou, no contexto em que ela se rompeu, sob a constante incerteza do futuro pela ausência de uma reparação integral.

O que o grande capital e o Estado Brasileiro pregam como projetos de desenvolvimento, significam para as populações atingidas, "megaprojetos de expropriamento" que geram conflitos e consequentemente processos de enfrentamento entre povos, raças e etnias em confronto direto no mesmo espaço físico geográfico, ou seja, conflitos socioambientais.

Nada obstante, à medida que os projetos ditos de desenvolvimento avançam, as comunidades e as populações atingidas, se reinventam e se reerguem frente a imposição de projetos coloniais e racistas que querem impor o progresso e o desenvolvimento de forma autoritária e violadora, sem considerar os modos de vida e os valores tradicionais.

Essa tem sido a realidade no contexto de conflitos socioambientais em Minas Gerais, mas também no Brasil. Os rompimentos de barragem, por sua vez, são a consequência mais perversa do modelo de desenvolvimento colonialista e racista.

Diante disso, é preciso pensar em uma nova concepção de desenvolvimento, a partir da lógica dos povos contra colonizadores, haja vista que o atual modelo apenas reforça a colonização, na medida em que se configuram como "processos etnocêntricos de invasão, expropriação, etnocídio, subjugação e até de substituição de uma cultura pela outra." (SANTOS, 2015, p.48)

A construção de uma reparação a tantas violações é urgente e deve considerar todos os elementos pré-constituídos de intensas desigualdades sócio

raciais que já eram vivenciadas por estes povos que seguem firmes na luta pela própria sobrevivência.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSELRAD, Henri. (org). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Boll, 2004.

BRESSER, Deborah. Das 698 barragens cadastradas em MG, 22 estão sem estabilidade. R7 Notícias. Minas Gerais. 26/01/2019. Disponível em: < https://noticias.r7.com/minas-gerais/das-698-barragens-cadastradas-em-mg-22estao-sem-estabilidade-26012019>, Acesso em 12 de jan de 2021, 16:36:00.

CAMILO, José Vitor. MPF analisa denúncias de racismo e perseguição da Fundação Renova contra moradores de Barra Longa. In: *Hoje em Dia*, 21/11/2019. Disponível em: https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/mpfanalisa-den%C3%BAncias-de-racismo-e-persegui%C3%A7%C3%A3o-da-funda%C3%A7%C3%A3o-renovacontra-moradores-de-barra-longa-1.757951. Acesso em 01 de fevereiro de 2021, 20:26;00h.

CARVALHAES, Clarissa. "Era uma cidadezinha danada de bonita. Hoje somos luto", relata morador de Bento

Rodrigues. In: *Hoje em Dia*, 06/11/2015. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/era-umacidadezinha-danada-de-bonita-hoje-somos-luto-relata-morador-de-bento-rodrigues-1.329415>, Acesso em 10 de jan de 2021, 22:32:00h

DIVERSUS. Diagnóstico Socioeconômico da Área Diretamente Afetada e da Área de Influência Direta do empreendimento Anglo Ferrous Minas-Rio Mineração S.A. (Ex-MMX Minas-Rio Mineração S.A.) - Lavra a Céu Aberto com Tratamento a Úmido Minério de Ferro - Conceição do Mato Dentro, Alvorada de Minas e Dom Joaquim/MG - DNPM nº: 830.359/2004 - PA/nº. 00472/2007/004/2009 - Classe 06. Agosto de 2011. Disponível em: < http://200.198.22.171/down.asp?x_caminho=reunioes/sistema/arquivos/material/&x_nome=D IAGNOSTICO_ADA_AID_DIVERSUS_1-50.pdf >.

GESTA/UFMG. Atingidos pelo Projeto Minas Rio: comunidades a jusante da barragem de rejeitos. In: Boletim Informativo: Cartografia da Cartografia Social. Outubro de 2018, n. 11.

GOVERNO DE MINAS GERAIS, Conheça Minas. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/conhecaminas/historia>, Acesso em 10 de jan de 2021, 20:00:00

JUSTIÇA GLOBAL. Racismo ambiental no desastre em Mariana. 27/11/2015. Disponível em: http://www.global.org.br/blog/racismo-ambiental-no-desastre-em-mariana/. Acesso em: 01 de fevereiro de 2021, 20:!2:00h.

MANSUR, Maíra Sertã; WANDERLEY, Luiz Jardim; MILANEZ, bruno; SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos; PINTO, Raquel Giffoni; GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes; COELHO, Tádzio Peters. Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da SAMARCO/VALE/BHP BILLITON. In: ZONTA, Marcio; TROCATE, Charles (orgs.). *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre SAMARCO/ VALE/ BHP BILLITON*. 2ª edição. Marabá PA: Editorial Iguana, 2016, p. 17-50

MPMG - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Condições de vida das comunidades residentes abaixo da barragem de rejeitos da Anglo American Comunidade São José De Jassém – Alvorada De Minas/Mg, 29/08/2017 TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/acesso-ainformacao/audiencias-publicas/editais-e-atas/em-29-08-2017-audiencia-publica-sobre-condicoes-de-vida-dascomunidades-residentes-abaixo-da-barragem-de-rejeitos-da-anglo-american.htm#.WpV8noJG1p8>, Acesso em 12 de jan de 2021, 15:09:00

PEDROSA, Ana Paula e ARIADNE, Queila. População teme a barragem. Mina de Conflito. In: *O Tempo*, 11/07/17. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/hotsites/mina-de-conflito>, Acesso em: 10 de jan de 2021, 23:11:00h

PEDROSA, Ana Paula e ARIADNE, Queila. Prefeitura entrega água que não é potável a comunidade. Mina de Conflito. In: *O Tempo*, 2017. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/hotsites/mina-de-conflito>, Acesso em: 10 de jan de 2021, 23:11:00h

PEDROSA, Ana Paula e ARIADNE, Queila. Minas lidera número de conflitos por água no país. Mina de Conflito. In: O *Tempo*, 2017. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/hotsites/mina-de-conflito>, Acesso em: 10 de jan de 2021, 23:11:00h

ROSSI, Marina. “Corri tanto que perdi os sentidos”: sobrevivente de Brumadinho narra a tragédia. *El país*. Disponível em: ≤https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/30/politica/1548875854_984955.html≥, Acesso em: 10 de jan de 2021, 20:24:00h

SALIS, Hugo Henrique Cardoso de. Comunidades à jusante da barragem de rejeitos da Anglo American. (Figura 4). 2020.

SANTOS, Antônio Bispo. *Colonização, quilombos, modos e significações*, 2015. Disponível em: <http://cga.libertar.org/wp-content/uploads/2017/07/BISPO-Antonio.-Colonizacao_Quilombos.pdf>, Acesso em 10 de jan de 2021, 20:00:00h

SANTOS, Ana Flávia Moreira; MILANEZ, Bruno (coord.). *Transformações socioambientais e violações de direitos humanos no contexto do empreendimento Minas Rio em Conceição do Mato Dentro, Alvorada de Minas e Dom Joaquim, Minas Gerais*. S/l: Grupo de Estudos em Temáticas Ambientais da Universidade Federal de Minas

Gerais (GESTA/UFMG)/ Grupo de Pesquisa Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade (PoEMAS)/ Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular/ Movimento pela Soberania Popular na Mineração (MAM)/ Rede de Articulação e Justiça Ambiental dos/as Atingidos/as do Projeto Minas-Rio da Anglo American (REAJA), 2018.

SENRA, Ricardo. *A mãe que sofreu aborto na lama e luta para incluir feto entre vítimas de Mariana*. BBC Brasil, 4 de novembro de 2016. ≤https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37829548≥, Acesso em: 10 de jan de 2021, 20:08:00h.

UOL. *Antes e depois em Bento Rodrigues*. http://arte.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/16/antes-depois-bentorodrigues/ >, Acesso em: 10 de jan de 2021, 22:55:00h

WANDERLEY, Luiz Jardim. Indícios de racismo ambiental na tragédia de Mariana: resultados preliminares e nota técnica - relatório preliminar. 201/11/2015. Disponível em: https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Wanderley-2015-Ind%C3%ADcios-de-Racismo-Ambiental-naTrag%C3%A9dia-de-Mariana.pdf. Acesso em: 01 de fevereiro de 2021, 20:07:00h.

ZONTA, Márcio. *Famílias estão apavoradas com aumento de barragem em Conceição do Mato Dentro (MG)*. Brasil de Fato. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/10/09/familias-estao-apavoradas-com-aumento-debarragem-em-conceicao-do-mato-dentro-mg/>, Acesso em 10 de jan de 2021, 21:53:00h.

GT 14

Los desafíos de la globalización en el sistema mundial de alimentos

COORDINACIÓN:
Kattya Cascante Hernandez (UCM) y Wilson Madeira (UFF)

DESCRIPCIÓN: Este grupo de trabajo tiene como objetivo recibir investigaciones que aborden los desafíos en la realización del derecho a la alimentación, la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria como respuestas jurídicas, técnicas y políticas, al actual sistema mundial de alimentos. El propósito de este grupo es reunir trabajos y resultados de investigaciones que señalen los problemas y contradicciones que hoy amenazan la necesidad básica de alimentarse adecuadamente. En ello cabe debatir un sistema que produce, comercializa e impone una alimentación contraria al modelo global de desarrollo sostenible al que apunta la Agenda 2030 mediante la promoción de los Bienes Públicos Globales. De igual forma se contempla en este debate, la reforma en ciernes de la Política Agrícola Común de la UE, las medidas proteccionistas de algunos Estados como EEUU, Brasil, Reino Unido, etc. y la parálisis de las rondas negociadores de la OMC que junto con la inacción del G20, dejan cada vez más desprotegidos a los países en desarrollo y colectivos más vulnerables.

PROPUESTA DE MODELO ECONÓMICO COOPERATIVO MIXTO EN LA COMUNIDAD INDÍGENA TOTORÓ (COLOMBIA)

Carmen Pascual Reyero
Carmen, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, España, carmen-p-r@hotmail.com

Resúmen: La investigación presente analiza la importancia del trabajo cooperativo y su papel como asegurador de la soberanía alimentaria en la comunidad indígena Totoró, en Colombia. Tras un análisis de los términos de Economía Social y Solidaria y Soberanía Alimentaria, se estudia el contexto de la comunidad y se propone un modelo económico mixto que se adapta lo máximo posible al funcionamiento de esta, potenciando su autonomía y autogestión y aprovechando las potestades que se otorgan desde la Constitución colombiana de 1991 a las comunidades indígenas. Partiendo de la ambición de la comunidad de comercializar la mayor variedad posible de productos propios o de otras comunidades y de la existencia de la Cooperativa Namoi NoJau, se propone la ampliación del asociativismo con la creación de colectivos mingueros. Posteriormente se detalla el análisis que hace viable dicho modelo. Finalmente se puede asegurar que el modelo propuesto genera una red sostenible de distribución y comercialización entre comunidades que puede ser replicable e implica una transformación social y política al generar nuevas formas de organizar la cadena agroalimentaria, reterritorializándola y conservando colectivamente otras formas de vida. La metodología empleada para llegar a la propuesta se basa en una revisión de fuentes, la realización de entrevistas y el trabajo en terreno con la comunidad.

Palabras-clave: Cooperativa, Soberanía Alimentaria, Economía Solidaria, Modelo económico, Comunidad indígena

Abstract: The present research analyzes the importance of cooperative work and its role as an insurer of food sovereignty in the indegenous community of Totoro, in Colombia. After an analysis of the terms of Social and Solidarity Economy and Food Sovereignty, the context of the community is studied and a economic model that adapts as much as possible to the functioning of this community is propossed, enhancing its autonomy and self-management and taking advantage of the powers granted to indigenous communities on the Colombian Constitution of 1991. Based on the community's ambition to market the widest possible variety of its own products or those of other communities and the existence of the Namoi NoJau Cooperative, it is proposed to expand associativism with the creation of minguero collectives. Subsequently, the analysis that makes this model viable is detailed. Finally, it can be ensured that

the proposed model generates a sustainable distribution and marketing network between communities that can be replicable and implies a social and political transformation by generating new ways of organizing the agri-food chain, reterritorializing it and collectively conserving other forms of life. The methodology used to arrive at the proposal is based on a review of sources, interviews and field work with the community.

Key-Words: Cooperative, Food Sovereignty, Social Economy, Economic Model, Indigenous Community

INTRODUCCIÓN

El área rural colombiana es muy extensa y la mayor parte de la población genera sus ingresos a través de la ganadería y la agricultura. Sin embargo, la falta de recursos e infraestructuras que garanticen una vida digna en el campo, hacen que cada vez más población se traslade a la ciudad dejando el campo desamparado. A su vez, en el campo se tiende a reducir el autoconsumo en pos de un aprovisionamiento de productos provenientes del exterior. Otro factor que incrementa la precariedad económica rural, es la vinculación del campesino al mercado a través de intermediarios que reducen su beneficio.

Las vías para garantizar una justa retribución, pasan por articular canales de venta y comercialización cortos de escala local, con intercambios a nivel municipal y/o regional y grupos colectivos de consumo como cooperativas o asociaciones que se establecen sobre la ausencia del ánimo de lucro. La existencia y relevancia de estos grupos depende en gran medida de la pequeña agricultura familiar campesina y las medianas explotaciones agrarias.

El Cauca, departamento donde se ubica la comunidad sobre la que versa este estudio, es uno de los departamentos de Colombia con mayor población indígena. La dependencia del exterior de estas comunidades ha supuesto un debilitamiento progresivo, sobre todo con respecto a la agricultura, por ello el mantenimiento de las tradiciones propias y la reducción de esta dependencia son factores claves en la lucha de estas comunidades por su pervivencia. Así, se hace necesario generar un modelo económico propio que aumente la autonomía y asegure la soberanía alimentaria.

Esta investigación recoge dicha preocupación y ,a través del diálogo con diferentes actores y miembros de la comunidad, plantea un modelo

aprovechando el marco legal de Colombia (Artículo 330 de la Constitución de 1991) que permite a las comunidades indígenas tener una organización propia.

El presente artículo tiene como objetivo principal establecer las bases teóricas de un nuevo modelo económico cooperativo en la comunidad indígena Totoró y que dicho modelo pueda ser replicable en otras comunidades. Para lograr este objetivo se complementa el desarrollo cooperativo existente en la comunidad con la creación de nuevas entidades asociativas. El objetivo de este modelo es ser garante de la soberanía alimentaria y de la pervivencia de las tradiciones propias y promotor del fortalecimiento económico y la generación de una red sostenible de intercambio, de distribución y comercialización con otras comunidades.

El modelo planteado parte de la existencia de una cooperativa en la comunidad fruto de una ayuda del gobierno colombiano a través del convenio IRACA y de la realidad de que dicha cooperativa no satisface las aspiraciones de la comunidad de asegurar a todos los productores una forma de comercializar sus productos y lograr la soberanía alimentaria. Esto es debido a su estatus legal, que impide a los productores individuales ser proveedores.

Para transversalizar la asociatividad, este modelo propone la creación de los colectivos mingueros, una nueva categoría definida como asociaciones de menor tamaño que la cooperativa y con objetivos más concretos al articularse únicamente en torno a un producto o un conjunto pequeño de ellos. Dichos objetivos son fomentar la producción familiar y mejorar la calidad y cantidad de los productos, a través de la capacitación y el asociativismo.

Entre las diversas técnicas de investigación se han realizado entrevistas como metodología científica. Se han obtenido datos de la realidad social y se ha creado ,mediante el análisis cualitativo, una base de datos con información relevante para el desempeño de la cooperativa dentro del modelo propuesto.

Para llegar a una propuesta firme de este modelo se han analizado las entrevistas para así proponer colectivos mingueros en torno a los productos con mayor producción y organizarlos por categorías. También se ha analizado la canasta de consumo para determinar los productos que deben obtenerse en el exterior de la comunidad. Posteriormente se ha realizado un análisis de los factores relevantes del entorno a través de las 5 fuerzas de Porter y un análisis PESTEL, un análisis de los factores claves del éxito a través de la Cadena de Valor y finalmente un análisis DAFO.

Una vez estudiada la conveniencia del modelo se establecen las pautas para su implementación con la definición de acciones clave que pasan por la concienciación y por generar la agrupación de personas en torno a mismos objetivos.

Economía solidaria y soberanía alimentaria

El concepto de Economía Solidaria ha sido abordado por muchos autores. De especial relevancia para este trabajo es la perspectiva latinoamericana.

En 1983 en Chile, en el contexto de la dictadura de Pinochet, Luis Razzeto (1983) analiza la subsistencia de los sectores populares a través de la economía popular y solidaria. Denomina factor "C" a los comportamientos que no se tienen en cuenta en la economía de mercado: Comunidad, Colaborar, Cooperar, Coordinar, Compartir, Comunicar, Cultura, Comunión, Concertar, Comprensión, Compromiso, Compasión. Estos marcan el éxito de las organizaciones que actúan desde la solidaridad. La economía adquiere la dimensión social y humanista al incorporar la solidaridad: "se produce con solidaridad, se distribuye con solidaridad, se consume con solidaridad, se hace acumulación económica con solidaridad" (p. 14).

En Colombia, Gonzalo Pérez Valencia (2015), define la Economía Solidaria como:

> Aquellos modos de organización económica que son aprendidos y gestionados por categorías económicas diferentes al capital y al Estado, esto es por la comunidad y el trabajo y en los cuales predominan las relaciones económicas de comensalidad, cooperación, donación y reciprocidad [...], el asunto que los distingue es una racionalidad y unas lógicas operacionales que se derivan de la presencia activa de las dos categorías económicas que actúan como emprendedoras, la comunidad y el trabajo (pág. 69).

Lo que hoy se conoce como Economía Social y Solidaria ha estado presente en todas las civilizaciones, en los monasterios y cofradías medievales; las comunas descritas por Kropotkin (1902); la minka y el ayni de la comunidades andinas; el tequio en México; las comunas anarquistas durante la Guerra Civil española; las organizaciones cooperativas de la antigua Yugoslavia o Cuba; la práctica del auzolan en el País Vasco. A finales del siglo XVIII comienzan a

existir cooperativas como tal en Inglaterra y Francia y durante la Revolución Industrial se fomentó la agremiación, como defensa de los derechos de los trabajadores y satisfacción de necesidades. Se pueden concretar las características de la Economía Social y Solidaria en: la toma de decisiones asamblearia, la autogestión, la autoayuda, la finalidad social y el balance entre el objetivo social, el económico y el ambiental.

En América Latina esta economía tiene gran importancia por la relación con la naturaleza y la tradición de trabajo comunitario que tienen las comunidades afrodescendientes, indígenas y campesinas. El trabajo contiene una dimensión espiritual que es colectiva por lo que se generan otras formas de trabajo en comunidad (Restrepo de Peña, 2013). Entre las formas de asociación se destacan: la minga, el convite, mano prestada, faeba, waki, ayni, pasanacu. La Minga consiste en la organización de trabajo colectivo para construir obras que beneficien a toda la comunidad, como caminos, escuelas o labores agrícolas. Esto supone una gran movilización de la comunidad al ser convocada por las autoridades y al culminar el trabajo se comparte comida (mote) y chicha.

La Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en 1995 define la cooperativa como: "una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada". Los principios universales del cooperativismo definidos en la Declaración sobre la Identidad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional (1995) son: Afiliación voluntaria y abierta, Administración democrática, Participación económica de los asociados ,Autonomía e independencia, Formación, capacitación y divulgación ,Cooperación entre cooperativas y Compromiso con la comunidad. Un factor muy importante para el éxito y difusión del modelo cooperativo es la capacitación y la formación que otorga.

Frente a estas características de las cooperativas, Rothschild y Allen (1998) establecen que se diferencian de las organizaciones tradicionales en ocho puntos: la autoridad, las reglas, el control social, las relaciones sociales internas, la contratación y ascensos de los empleados, la estructura de incentivos, la estratificación social y la diferenciación.

Respecto al contexto colombiano, el 13.04% de la población colombiana forma parte de una cooperativa y existe actividad cooperativa en el 80% de los municipios (Confecoop, 2018). Sin embargo, el 50% de las cooperativas están

ubicadas en los departamentos de Antioquia, Santander, Valle del Cauca y Bogotá, en los que se encuentran las cuatro ciudades principales del país: Bogotá, Medellín, Cali y Bucaramanga. Esta distribución uniforme de sector cooperativo colombiano evidencia la necesidad de fomentarlo en regiones más vulnerables económica y socialmente. También evidencia el importante papel que pueden desempeñar las cooperativas para fomentar el desarrollo económico, generando una cadena de consumo y producción a través de acuerdos entre productores, transportadores y mercados locales.

Para entender las líneas de actuación del presente trabajo se hace necesario definir el concepto de soberanía alimentaria.

La definición de la "seguridad alimentaria" por la FAO en 1996, sirvió de punto de partida para llegar a la de soberanía alimentaria, nombrada así por la Vía Campesina en 1996. Para la Vía Campesina la soberanía alimentaria defiende el respeto a las culturas y a los pueblos como elemento de autonomía y empoderamiento acerca del derecho a la alimentación y cuestiona las relaciones de poder que impiden el ejercicio real del derecho a la alimentación, así como la perpetuación histórica de condiciones de hambre y dependencia alimentaria.

Según Ortiz Pérez (2014), la soberanía alimentaria, entendida como un proyecto socioespacial de relaciones de poder, podría cristalizarse en el territorio mediante:

> 1) la conservación y consolidación de una agricultura familiar y campesina 2) la universalización de una práctica agroecológica 3) la restauración de una existencia en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, el cuidado y de la tierra 4) una re-apropiación colectiva de los medios de producción y la gestión comunitaria de los bienes naturales 5) la creación de nuevos espacios de formación cooperativa y transformadora 6) el establecimiento prioritario de las esferas de la producción y de los intercambios (consumo) a una escala local pero fortalecida en alianzas y redes de solidaridad e intercooperación a otras escalas y 7) la organización territorial del proceso de trabajo de forma cooperativa, así como la divulgación y generalización de prácticas de ayuda mutua en diferentes ámbitos de la vida en sociedad (pág. 193).

En palabras de Samir Amin, economista y exdirector del Foro del Tercer mundo: "Sin soberanía alimentaria, no es posible alcanzar la soberanía política".

Antecedentes y contexto comunitario

La economía colombiana tiene su fuerte en la producción de bienes primarios destinados a la exportación y la producción de bienes de consumo para el mercado interno. El sector agropecuario representa el 6.28% del PIB (DANE, 2016). Lo mismo ocurre en el departamento del Cauca, ubicado al suroeste de Colombia, el segundo departamento con mayor población indígena, un 24,8%, después de La Guajira (DANE, 2018).

Tiene especial importancia el movimiento indígena en el Cauca, ya que es un referente nacional, al haber sido pionero en dotarse de una estructura político-organizativa en 1971, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC). También es una de las organizaciones pioneras del movimiento indígena en América Latina (Bolaños, y otros, 2012).

Según la profesora Esperanza Hernández (2004) se pueden concretar en tres las causas de la resistencia indígena: la violencia estructural, la violencia del conflicto armado y el modelo económico neoliberal.

Por lo tanto la resistencia indígena existe y existirá para luchar contra la violación a los derechos humanos que afecta colectivamente al tejido social creado en estos territorios. Luchando por las demandas históricas de: Unidad, Tierra y Cultura, a la que posteriormente se ha unido la Autonomía.

Además, en el presente, son varias las amenazas existentes sobre las comunidades indígenas. Entre ellas destacan los proyectos de infraestructura y explotaciones económicas en sus territorios, el abandono del medio rural, los saqueos y violencia por parte de grupos armados ilegales, las amenazas sobre líderes y autoridades de comunidades indígenas y la pérdida de la identidad y tradiciones.

Las comunidades indígenas tienen un marco legal que les permite tener una organización propia, según el Artículo 330 de la Constitución de Colombia de 1991. Así los resguardos indígenas se rigen a través de la autoridad propia del Cabildo y a través del marco legal del Plan de Vida.

El Resguardo Indígena del Pueblo Totoroez se ubica al Oriente del Departamento del Cauca. La economía de pueblo Totoró se sustenta en la agricultura y en la ganadería y sus productos derivados. Todos estos productos se emplean principalmente para el autoconsumo, aunque algunos de ellos se comercializan en las ciudades de Popayán y Cali (Pueblo indígena totoróez, Mayo

2016).

En su Plan de Vida (2016) la comunidad Indígena Totoró relaciona su buen vivir con la armonía entre los seres humanos y el entorno donde habitan, con el respeto y conservación de los recursos que la naturaleza brinda para la pervivencia de los pueblos, con la adecuada alimentación y la espiritualidad.

Una de las prácticas vitales para mantener la soberanía alimentaria es el *Trau Misak*, un espacio de vida donde además de sembrar plantas medicinales y hortalizas y fortalecer la seguridad alimentaria, se reúne la familia para compartir conocimientos (Cabildo de la parcialidad indígena de Totoró , 2011). Además según los pisos térmicos y temporadas de siembra y cosecha incentivan al intercambio de productos entre comuneros.

La pérdida de esta costumbre conlleva la necesidad de abastecer las despensas familiares con productos adquiridos fuera del territorio, como en los mercados locales, incrementando los gastos familiares de transporte y remplazando las preparaciones con recetas caseras que hacen parte de los valores culturales de la comunidad Totoró.

La pervivencia de los pueblos indígenas no solo se refiere a la conservación biológica de sus etnias y territorios, sino también a la preservación de sus usos y costumbres que se trasmiten de generación en generación (Pueblo indígena totoróez, Mayo 2016)

Propuesta de modelo

Tras el estudio de las formas propias de la comunidad Totoroez y la puesta en marcha de la Cooperativa Namoi NoJau se han analizado alternativas que ya se están llevando a cabo en otros resguardos del Cauca y que garantizan una mayor autonomía.

El resultado que se propone es el desarrollo de un modelo económico mixto que incluya la coooperativa Namoi NoJau con formas de asociación propias, denominadas colectivos mingueros, que serán proveedores de la cooperativa. Con esta articulación asociativa es posible, ya que el control y la supervisión corresponden a la autoridad indígena, el Cabildo, que otorga la personería jurídica. Así se evitan las trabas sanitarias que se les presenta a los asociados de la cooperativa al aportar sus productos a la cooperativa de forma individual. Estos colectivos mingueros se constituyen bajo los parámetros

organizativos del Cabildo con autonomía administrativa y financiera.

La Unidad Especial de Organizaciones Solidarias de Colombia clasifica la actividad de la Economía Social y Solidaria de Colombia en distintos tipos: Unidades asociativas de producción de bienes, Unidades asociativas de producción de servicios, Centrales asociativas de segundo grado y otras estructuras que formen parte del circuito económico que va desde la producción al consumo construyendo una red socio-económica que organice y movilice a todos los componentes de la comunidad. Atendiendo a esta clasificación, los colectivos mingueros son unidades asociativas de producción y la cooperativa es una central asociativa de segundo grado.

Los objetivos principales de este modelo mixto son: garantizar la soberanía alimentaria, el fortalecimiento económico y la pervivencia de las tradiciones propias como son el Trau Misak y el Trueque, incluyendo en este proceso a otras comunidades tanto indígenas como campesinas con las que preferiblemente intercambiar, aunque también comprar, productos que no se producen en la comunidad y forman parte de la canasta de consumo familiar.

Por esto, la filosofía de los colectivos mingueros se basa en la formación de sus integrantes, siendo una intersección entre estos y la cooperativa de forma que todos los asociados de la cooperativa se encuentren en un grupo de trabajo más reducido y más específico que permita lograr todos los objetivos marcados.

Según los resultados obtenidos en las encuestas realizadas, el 61% de partipantes en la cooperativa son mujeres y se produce de manera orgánica en un 83% . También se ha obtenido información sobre los productos que de los que pueden ser proveedores de la cooperativa y los que estarían interesados en producir. El 47% de la población tiene producción cada 8 días. Y se ha elaborado un perfil de consumo de productos de la canasta familiar.

En función de estos resultados, se propone la creación de una serie de colectivos mingueros en torno a productos que actualmente se producen en la comunidad: Colectivo minguero de plantas aromáticas y condimentarias, Colectivo minguero de papa y otros tubérculos , Colectivo minguero de frutas de clima frío, Colectivo minguero de frutas de clima templado y Colectivo minguero de hortalizas. También se proponen colectivos mingueros de productos que se quieren fortalecer: Colectivo minguero de huevos y Colectivo minguero de derivados lácteos. Además, los resultados permiten determinar qué productos se deben encontrar en otras comunidades.

El marco jurídico que ampara que el modelo planteado viene determinado tanto por la normativa nacional como internacional.

En primer lugar, la Ley 89 de 1890 de Colombia manifiesta que el Cabildo tiene potestad para administrar los bienes como una empresa comunitaria y para mantener su manejo de forma transparente con el conocimiento de la comunidad.

En el Artículo 246 de la Constitución de Colombia (1991) se establece:

> Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Art. 246).

También desde la Constitución colombiana se garantiza la libre adhesión y asociatividad.

La OIT (Organización Internacional del Trabajo) en el Convenio 169 reconoce en su preámbulo la autonomía de los pueblos para decidir su proyecto social y económico:

> Reconociendo las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lengua, y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Además en el Artículo 7 se reconoce la libertad de gestión en el territorio respecto a cualquier programa:

> Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Art.7).

Establecer esto se hace necesario al haberse impuesto formas ajenas de organización, como las cooperativas, que no siempre van acorde con la identidad ni las necesidades de los pueblos. Por ello se hacen necesarias formas de organización propias de acuerdo a las aspiraciones.

En el Artículo 633 del Código Civil Colombiano (1873) en el cual se define la persona jurídica. La autoridad indígena es reconocida como una autoridad pública de carácter especial que puede otorgar dicha personería jurídica. Por lo tanto, la creación de empresas por parte de las autoridades indígenas es un acto administrativo de carácter público especial y así las características de derecho propias de la autoridad indígena se transfieren a dicha empresa creada. Estas empresa serán públicas si las gestiona únicamente el Cabildo o mixta si hay participación de capitales privados. También podrán ser empresas asociativas.

Además, se tiene en cuenta la Ley 454 de 1998 que rige la economía solidaria en Colombia.

Para la constitución legal del Colectivo minguero no se necesita la inscripción de este en la Cámara de Comercio de Colombia, ya que su control y supervisión corresponden a la autoridad indígena que le otorga la personería jurídica mencionada.

Los pasos necesarios a seguir para la puesta en marcha del modelo cooperativo mixto son: dar a conocer los colectivos mingueros y sensibilizar sobre su existencia, constituir los colectivos mingueros, legalizarlos, actividades de formación, ampliar el abanico de productos de la canasta familiar obtenidos sin intermediarios y generar acuerdos bidireccionales.

Análisis

Para determinar la conveniencia del modelo propuesto se realiza un análisis externo e interno.

Algunos de los factores más relevantes del macroentorno, obtenidos a través de un Análisis PESTEL son: la lenta implantación de los Acuerdos de Paz en Colombia, la inseguridad en las zonas rurales, las elevadas tasas impositivas y el riesgo de inversión según Coface, la deficiencia de infraestructuras, el bajo crecimiento económico, la elevada inflación y devaluación del peso colombiano (DANE, 2016), elevada inequidad en la distribución de tierras, 30% del empleo generado por la agricultura (DANE, 2016), elevada desigualdad socio-económica según cifras del Banco mundial, acceso a internet del 43,4% (DANE, 2018) fumigación aérea de glifosato, pérdida de ecosistemas estratégicos, alta deforestación y gran uso de pesticidas, elevado riesgo de catástrofes naturales

(World Bank; CIAT; CATIE, 2014) y el puesto 65 en Doing Business del Banco Mundial.

A su vez, del microentorno, a través del análisis de las Cinco fuerzas de PORTER se pueden determinar como factores clave: la elevada inversión inicial necesaria de cara a la entrada de nuevos competidores, el gran área de influencia de la cooperativa de cara a los competidores actuales, la baja concienciación nutricional y ambiental de los consumidores de cara a la entrada de productos sustitutivos, el trueque equitativo con los proveedores de otras comunidades, la baja capacidad productiva de los comuneros siendo estos proveedores, una nueva cadena de aprovisionamiento local evitando a grandes proveedores, la fijación de precios justos para los clientes y la sensibilización de los clientes con hojas de ruta.

Se analizan los Factores clave del éxito (FCE) del funcionamiento interno de la organización para obtener las fortalezas y debilidades. Para ello se utiliza el análisis de la cadena de valor de Porter. Dentro de las actividades de valor de la organización se distinguen actividades primarias y actividades secundarias.

Las actividades primarias incluyen la serie de actividades necesarias para completar el proceso, como la logística interna, la transformación de los productos, el marketing y ventas y la logística externa. Este último proceso tiene especial importancia, ya que se reúnen en un mismo lugar y organización gestora los productos. Así se genera un mayor volumen de producción y se reduce el tiempo de distribución de cada una de las partes. Los colectivos mingueros ofertan sus productos a la cooperativa a través de cada productor y estos pasan a ser almacenados en la cooperativa para su venta. A la cooperativa llegan los productos encargados a otros provedores y productos de otras comunidades. A estas también les entrega los productos demandados.

Las actividades secundarias que sustentan las actividades primarias tienen su fuerte en la formación sobre asociacionismo y sobre el fortalecimiento de los productos, además de la sensibilización para la adhesión a este modelo y la sensibilización para el consumo de los productos ofertados.

Con esta información del macro y microentorno se concreta el análisis a través de la matriz DAFO de Albert S. Humphrey.

DEBILIDADES	AMENAZAS
• Falta de coordinación entre comunidades para implementar y ejecutar proyectos productivos locales y nacionales. • Ejecución de proyectos sin la debida asistencia técnica. • Baja fertilidad de los suelos con pocos excedentes para la comercialización. • Falta de tierras para producir y la consecuente ampliación de la frontera agrícola a ecosistemas protegidos. • Malas vías de comunicación y medios de transporte entre comunidades y dentro de la propia comunidad. • Falta de seguridad en el aprovisionamiento de los productos de los colectivos mingueros. • Capacidad financiera limitada.	• Cambio del Cabildo cada año. • Fuerte dependencia de los productos de mercado del exterior. • Globalización e industrialización • Uso indiscriminado de plaguicidas y agroquímicos. • Políticas agrarias del Gobierno colombiano contrarias al sistema de producción propio del Resguardo. • Entrada de productos agrícolas a menor costo. • Intercambio no equitativo de productos. • Inseguridad en las zonas rurales • Elevadas inflación y devaluación del peso colombiano que puede hacer perder capacidad adquisitiva. • Baja tasa de acceso a internet u otros canales de comunicación. • Deforestación y pérdida de ecosistemas estratégicos. • Riesgo de catástrofes naturales que afecten a los cultivos. • Lograr fijar precios justos para todas las partes.
FORTALEZAS	OPORTUNIDADES
• Reunir todos los productos en un espacio facilitando el abastecimiento de la canasta familiar • Mejora del nivel de vida de los asociados	• Fortalecer productos • Pervivencia indígena • Espacios de comercio propios • Sensibilizar para consumir lo propio y productos de calidad con hojas de ruta

• Sostenibilidad ambiental •Recuperar, multiplicar e intercambiar las semillas nativas y tradicionales •Integrar la producción, transformación y comercialización del producto • El poder de volumen • Carácter comunitario indígena. • Comercialización con productos de calidad. • Amplia gama de producto. •Diversidad de canales de comercialización y venta. • Gran espacio en la cooperativa para el almacenamiento • Disponibilidad de recursos para el marketing (Radio Libertad, marketing desde dentro de la cooperativa). • Alta experiencia de los comuneros en el trabajo agrícola.	que muestren la cadena de valor del producto. • Mayor libertad de estatutos • Conseguir la soberanía alimentaria, alimentando la familia y la comunidad de manera saludable. •Promover la producción sostenible • Generar una economía familiar y comunitaria con aprovisionamiento local, evitando grandes proveedores. • Establecer lineamientos de una política productiva que dé respuesta en el mediano y largo plazo a las necesidades sociales y a la identificación de alternativas de uso del territorio y manejo sostenible de la producción agropecuaria. • Mantener prácticas ancestrales de cultivo y producción. • El cabildo puede incluir en los estatutos de la cooperativa el trueque como forma de obtener los productos. • Mejorar la relación con otros pueblos e intercambiar semillas • Generar un gran área de influencia de la cooperativa

CONCLUSIÓN

Tras el trabajo en terreno, que ha permitido determinar las necesidades y deseos de la comunidad para establecer las bases teóricas de un nuevo modelo, y la revisión de fuentes sobre economía solidaria se ha detallado el modelo económico mixto que se propone implantar en la Comunidad Indígena Totoroez.

A partir del caso estudiado quedan expuestas las ventajas de la organización autogestionaria y su viabilidad, en concreto con un modelo mixto de cooperativas y colectivos mingueros. Se ha realizado un análisis estratégico, tanto interna como externamente y así se han detallado los componentes del modelo. Dichos elementos englobados en este modelo mixto permiten construir una autonomía propia, indispensable para la pervivencia de las comunidades indígenas, además de nuevos actores sociales que implementan proyectos sociales alternativos al fortalecer, por medio de los principios que los inspiran, la toma de decisiones y la capacidad decisoria, la autoestima, la gestión de los recursos materiales y financieros y el propio autoabastecimiento sin depender de factores externos.

Estos elementos que influyen en el proceso de trabajo y que han sido subvalorados frente a aquellos que solo miden el rendimiento económico llevan a la realización y a generar un sentimiento de pertenencia que retroalimenta positivamente al modelo mixto.

Este modelo a su vez pretende fomentar unas dinámicas relacionadas con el consumo: el consumo de productos locales y ecológicos, las relaciones comerciales directas, la búsqueda de productos sanos y de calidad en comunidades cercanas, la conservación de la actividad productiva familiar a escala local compartiendo los riesgos de producción y la concienciación a través de la transparencia y la información detallada de los productos.

Este modelo implica una transformación social y política al generar nuevas formas de organizar la cadena agroalimentaria, reterritorializándola y conservando colectivamente otras formas de vida. Por ello, este modelo económico mixto se sitúa como una oportunidad de resistencia ante la pérdida de soberanía territorial y alimentaria y ante la pauperización del medio rural.

En último lugar la ambición es que el modelo diseñado sea un modelo replicable en otras comunidades indígenas que hagan valer su capacidad organizativa propia para proteger lo propio ante la injerencia externa y que sean garantes de unas prosperas condiciones de vida para todos los comuneros.

Además, enmarcado dentro de la Agenda 2030, este proyecto cumple con los ODS número 2-Hambre y Seguridad Alimentaria, 8- Crecimiento económico, 10- Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos, 11- Ciudades y comunidades sostenibles, 12- Producción y consumo sostenibles, 13- Cambio climático, 17- Alianzas.

REFERENCIAS

Alianza Cooperativa Internacional. (octubre de 1995). Declaración de Manchester, Revista de Economía Social, INFES, núm. 9, pág.14.

Bolaños, G., Bonilla, V. D., Caballero Fula, J., Espinoza, M. A., García, V. J., Hernández Lara, J., y otros. (2012). Nuestra vida ha sido nuestra lucha. Resistencia y memoria en el Cauca indígena. Centro de Memoria Histórica.

Cabildo de la parcialidad indígena de Totoró . (2011). Plan de Salvaguarda Étnica del Pueblo Indígena Totoroez o Tontotuna. Totoró (Colombia): Ministerio del Interior- Dirección de asuntos indígenas.

Confecoop. (2018). Informe de desempeño 2018 . Colombia.

Constitución Política de Colombia. (1991).

DANE. (2018). Censo Nacional de Persona y Vivienda .

DANE. (2016). Tercer Censo Nacional Agropecuario 2014. Bogotá.

Hernández Delgado, E. (2004). Resistencia civil artesana de paz: experiencias indígenas, afrodescendientes y campesinas. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.

Kropotkin, P. (1902). El apoyo mutuo. Móstoles (Madrid): Madre Tierra.

(6 de agosto 1998). Ley 454 de 1998. Diario Oficial No. 43.357. Colombia

(16 de noviembre 1890). Ley 89 de 1890. Colombia

(26 de mayo 1873). Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano. Diario Oficial No. 2867 Colombia

OIT. (1989). Convenio 169: Convenio sobre pueblos indígenas y tribales.

Ortiz Pérez, S. (2014). La producción campesina de un espacio cooperativo. Dinámicas territoriales hacia una soberanía alimentaria. Alicante (España): COODRESUEL.

Pérez Valencia, G. (2015). Reflexiones críticas sobre economía solidaria hoy en Colombia y el mundo. Medellín: Icaria.

Pueblo indígena totoróez. (Mayo 2016). Plan de vida Tampalikilika iskuai marapikinputran. Recuperando y fortaleciendo Nuestro territorio, identidad cultural y autonomía como principios fundamentales para la vida en el tiempo y en el espacio. Totoró.

Razeto, L., Klenner, A., & Ramírez, A. y. (1983). Las Organizaciones Económicas Populares. Santiago (Chile): Ediciones PET.

Restrepo de Peña, B. R. (2013). La cooperación y la solidaridad, en la economía solidaria y el desarrollo socio empresarial solidario.Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Rothschild, J., & Allen, W. (1998). The Cooperative workplace; potentials and dilemmes of organizational democracy and participation.USA: Cambridge University Press.

World Bank; CIAT; CATIE. (2014). Climate-Smart Agriculture in Colombia. CSA Country Profiles for Latin America Series. Washington D.C.: The World Bank Group.

DO MICRO AO MACRO, DO FOGO AO VÍRUS:
como a exploração de não-humanos para fins alimentares impacta a saúde planetária

Luiza Alves Chaves
Bolsista CAPES, doutoranda pelo Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói/Brasil
luizachavesjgd@gmail.com

Rafael Van Erven Ludolf
Bolsista CAPES, doutorando pelo Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói/Brasil
rafaelvanerven@gmail.com

Evelym Pipas Morgado
Bolsista CAPES, mestranda pelo Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói/Brasil
Evelympipas1@gmail.com

Resumo: A emergência da pandemia do coronavírus fez surgir importantes discussões acerca do impacto das ações e formações econômico, políticos e sociais humanas no desenvolvimento de novas cepas patogênicas. Nesse sentido, o presente texto pretende apresentar os marcadores que indicam que a análise de desenvolvimento virológica se faça de forma interdisciplinar. Para tanto, será tecida uma análise sobre os impactos do capitalismo na emergência de uma nova era (bio)geológica e apresentando o agronegócio como instrumento do capital mais nocivo à saúde planetária, seja no que tange a degradação ambiental por si só, seja no desenvolvimento de novas pandemias humanas e zoonóticas. Por fim indica-se como estratégia crucial à garantia da biossegurança a emergência de modelo agroalimentares que rompam com o capitalismo. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico, documental e jornalístico acerca do desenvolvimento de patógenos e feita uma análise crítica, política, social e econômica, acerca de sua formação.

Palavras-chave: pandemia; degradação ambiental; agronegócio; segurança alimentar.

Abstract: The emergence of the coronavirus pandemic arises important discussions about the impact of human economic, political and social actions and formations on the development of new pathogenic strains. In this sense, this text intends to present the markers that indicate that the analysis of virological development is done in an interdisciplinary way. To this end, an analysis of the impacts of capitalism on the emergence of a new (bio) geological era will be made

and agribusiness will be presented as an instrument of capital that is most harmful to planetary health, whether in terms of environmental degradation alone or development of new human and zoonotic pandemics. Finally, the emergence of an agri-food model that breaks with capitalism is indicated as a crucial strategy for ensuring biosafety. To this end, a bibliographical, documentary, and journalistic survey was conducted on the development of pathogens and critical, political, social, and economic analysis was carried out on their formation.

Key-Words: pandemic; environmental degradation; agribusiness; food security

INTRODUÇÃO

A emergência da pandemia do coronavírus tornou crucial o debate acerca do desenvolvimento de novos riscos patológicos ao redor do mundo. Nesse sentido, entender os fatores biológicos do surgimento de novas cepas não se faz mais suficiente para a garantia da biossegurança planetária.

Esse trabalho desenvolve-se, portanto, a partir da busca por uma análise interdisciplinar do surgimento de novas cepas patogênicas, partindo da hipótese de que a evolução e o surgimento delas se dá, em grande parte, devido ao impacto do capitalismo na produção agroalimentar.

Nesse sentido, o trabalho se divide em cinco partes. Na primeira delas apresenta-se os conceitos de antropoceno e capitaloceno para que se possa identificar como o sistema capitalista tem sido responsável pela emergência de profundas e desenfreadas transformações (bio)geológicas no planeta.

No segundo momento dialoga-se sobre a importância do agronegócio como instrumento capitalista responsável por significativa degradação ambiental planetária e após isso como a degradação ambiental causada pelo agronegócio aliada a outros fatores determinantes da agroindústria foram fundamentais na emergência de novas cepas patogênicas.

Por fim, demonstra-se como a manutenção do sistema de produção agroindustrial mesmo diante de todos os riscos e danos por ele apresentados reafirma-se como um pacto com o capital, sendo seu rompimento fundamental à garantia da saúde planetária.

O trabalho utilizou como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, com posterior análise crítica e reflexão sobre os conceitos apresentados.

DESENVOLVIMENTO

"Aquecimento global: setembro foi o mês mais quente da história. Dado foi apresentado pelo serviço sobre mudanças climáticas do Programa Copernicus, da Agencia Espacial Europeia" (Jornal ESTADO DE MINAS, 2020). "Aquecimento global: setembro foi o mês mais quente da história. Dado foi apresentado pelo serviço sobre mudanças climáticas do Programa Copernicus, da Agencia Espacial Europeia" (Revista VEJA, 2020). "Violência e destruição ambiental avançam durante a pandemia. De norte a sul do Brasil, mortes e confrontos entre agentes de fiscalização e infratores ambientais são relatados durante a crise do coronavírus. Na Amazônia, desmatamento deve superar recorde atingido em 2019" (DEUTSCHE WELLE, 2020), "4 medidas urgentes para evitar um futuro colapso ambiental do planeta. Especialista da TNC Brasil elenca algumas das principais abordagens a serem adotadas para garantir o futuro da humanidade de outras espécies" (Revista GALILEU, 2020). As manchetes apresentam, de forma meramente exemplificativa, alguns dos alarmantes, porém profundamente conhecidos, problemas ambientais que estamos enfrentando.

Vivemos um tempo em que sofremos um grande risco de colapso ambiental e isso é notório. Questões como aquecimento global, mudança climática, extinção de espécies, poluição de águas rios, mares e do ar, esgotamento de recursos não renováveis, entre outros, são assuntos corriqueiros não só no debate acadêmico, político e institucional, mas também no dia-a-dia social, em reportagens de jornais (como as citadas), em salas de aula da educação infanto-juvenil, ou seja, de dentro das universidades às mesas de bar o assunto vem sendo debatido, com maior ou menor profundidade, maior ou menor grau de entendimento, mas ainda assim discutido.

Contudo, até a emergência do coronavírus, no final de 2019, pouco se falava sobre a potencialidade do risco das práticas desreguladoras de ecossistemas para a emergência de patógenos que poderiam desencadear, graves e de difícil controle, pandemias globais.

Nesse sentido, R. Wallace traz que: "Os seres humanos construíram ambientes físicos e sociais, em terra e no mar, que alteraram radicalmente os caminhos pelos quais os patógenos evoluem e dispersam" (WALLACE, 2020, p. 30).

Alguns dos fatores primordiais para a falta de diálogo nesse sentido, são apresentados por R. Wallace (2020), quais sejam: os problemas políticos e

econômicos desencadeados por uma apresentação mais clara acerca do processo de desenvolvimento das epidemias e, mais do que isso, a falta de interesse sistêmico em busca por trabalhos que apresentem uma abordagem interdisciplinar da historicidade do vírus, em detrimento de trabalhos especializados focados em determinar o comportamento do patógeno em si e entender suas nuances, sem levar em consideração os fatores sociopolíticos e econômicos que possam levar ao seu fortalecimento.

Nas palavras do autor:

> Os patógenos, no entanto, não são meros figurantes golpeados pelas marés da história humana. Eles também agem por vontade própria, com o perdão do antropomorfismo. Demonstram agência. E, em virtude de suas transformações evolutivas, forçaram o agronegócio a sentar à mesa de negociação. O acordo resultante não tem a forma de qualquer contrato conhecido, nem sequer algo que reconheceríamos como comunicação. Em vez disso, se manifesta na forma de uma convergência xenoespecífica. As duas partes se direcionaram para uma agricultura de interesses mútuos, às vezes reagindo com força dentro do próprio domínio de cada uma em favor da outra. (WALLACE, 2020, p. 30)

Ou seja, o desenvolvimento e fortalecimento desses patógenos tem relação com condições sociais, econômicas, produtivas e estruturais próprias das sociedades. Portanto, para que seja possível uma compreensão consistente de sua formação e desenvolvimento é fundamental que sejam estabelecidos diálogos entre os mais diversos ramos da pesquisa e que essas discussões se pautem em uma visão crítica política e econômica.

A esse respeito, dialogando sobre o desenvolvimento da *influenza* R. Wallace traz que:

> O vírus da *influenza* pode ser definido por sua estrutura molecular genética, virologia, patogênese, biologia do hospedeiro, curso clínico, tratamento, modos de transmissão e filogenética. Obviamente, esse trabalho é essencial. Porém, limitar a investigação a esses tópicos prejudica o entendimento de mecanismos críticos que estão operando em outros níveis mais amplos da organização socioecológica. Esses mecanismos incluem a forma como os rebanhos são adquiridos e organizados no tempo e no espaço. Em outras palavras, precisamos identificar quais decisões específicas, tomadas por governos e empresas, promovem o surgimento de um *influenza* virulento. Pensar somente em termos virológicos faz essas explicações desaparecerem – o que muito vem a calhar para a indústria de suínos (WALLACE, 2020, p. 68).

Esse trabalho busca então fazer uma análise inicial acerca desses fatores, avaliando como a estrutura sistêmica do capitalismo e, principalmente, do modelo de agronegócio que se espalhou globalmente foram fundamentais não só para o desenvolvimento do vírus e sua expansão sem precedentes, mas também para o incremento de sua taxa de transmissibilidade e letalidade.

Ademais, o artigo propõe um debate acerca de como as (des) políticas ambientais aplicadas no Brasil nos últimos anos são potenciais não só ao agravamento da pandemia do coronavírus no país, mas também ao desenvolvimento de novas cepas de patógenos nocivos ao planeta.

1. Do Antropoceno ao Capitaloceno

A influência que as relações estabelecidas entre os seres humanos no planeta têm realizado na morfologia e ecologia planetárias é tão significativa que E. Stoermer e P. Crutzen (2000, p.17-18), propuseram a nomeação de uma nova era geológica intitulada antropoceno.

Para os autores, continuar a propagação de que vivíamos no holoceno, era posterior ao degelo glacial, já não refletia mais a realidade planetária.

Nesse sentido os autores trouxeram que:

> Considering these and many other major and still growing impacts of human activities on earth and atmosphere, and at all, including global, scales, it seems to us more than appropriate to emphasize the central role of mankindin geology and ecology by proposing to use the term "anthropocene" for the current geological epoch. The impacts of current human activities will continue over long periods. According to a study by Berger and Loutre (14), because of the anthropogenic emissions of CO2, climate may depart significantly from natural behaviour over the next 50,000 years. (STOERMER e CRUTZEN, 2000, p.18)[1]

[1] Considerando esses e muitos outros impactos importantes e ainda crescentes das atividades humanas na terra e na atmosfera, e em todas as escalas, inclusive globais, parece-nos mais do que apropriado enfatizar o papel central da humanidade na geologia e ecologia, propondo o uso do termo "Antropoceno" para a época geológica atual. Os impactos das atividades humanas atuais continuarão por longos períodos. Segundo estudo de Berger e Loutre (14), devido às emissões antrópicas de CO2, o clima pode se afastar significativamente do comportamento natural nos próximos 50.000 anos. (Tradução nossa)

Após a elaboração do termo os autores farmalizaram sua concepção para que ele pudesse ser reconhecido como terminologia acadêmica formal. Para tanto, Crutzen apresenta um artigo com W. Steffen, J. Grinevald e J. McNeill (2011), melhor apresentando a terminologia de antropoceno:

> The term Anthropocene suggests: (i) that the Earth is now moving out of its current geological epoch, called the Holocene and (ii) that human activity is largely responsible for this exit from the Holocene, that is, that humankind has become a global geological force in its own right. (STEFFEN et al., 2011, n.paginado)[2]

A proposta conceitual tem como finalidade não só demonstrar que a atuação humana gerou impactos significativos (e ainda se fará maior) na geologia planetária, mas também buscar estratégias que permitam repensar a adequação de uma espécie de governança que seja capaz de reestruturar a organização planetária levando em conta essas dinâmicas. (CARVALHO, 2015, p. 3)

Ocorre que, em que pese, a certeza de que existem atividades e organizações humanas que efetivamente geram um impacto sem precedentes na organização, morfologia e ecologia planetária, indicar que a era geológica se desencadeia pelo mero vínculo com a humanidade não se faz suficiente para a gama de estudos sociopolíticos.

Para que se possa efetivamente afirmar a existência de um vínculo entre a atividade humana e a mudança planetária é necessário que se estabeleça um marco temporal e prático para o início ou ao menos o incremento dessas transformações.

Sendo assim, ao apresentarem o conceito de antropoceno de modo sedimentado, Steffen et al. (2011) também propuseram que a maior gama de impactos gerados pelo homem se devia as atividades que geravam queima de combustíveis fosseis, mais precisamente dióxido de carbono. Essa afirmação levou pesquisadores a instituírem, incialmente, que o Antropoceno na verdade se vinculava a fase do desenvolvimento da humanidade pós Revolução Industrial.

Ocorre que essa percepção nos levaria novamente a uma discussão acerca da relação de uma pretensa humanidade, no sentido genérico, com as relações de produção. Ou seja, afirmar que o planeta entrou em uma era denominada antropoceno por que as relações de produção estabelecidas após a Revolução

---

[2] O termo Antropoceno sugere: (i) que a Terra está agora saindo de sua época geológica atual, chamada Holoceno e (ii) que a atividade humana é em grande parte responsável por esta saída do Holoceno, ou seja, que a humanidade se tornou um planeta força geológica por direito próprio. (Tradução nossa)

Industrial intensificaram a queima de combustíveis fosseis, que geraram inúmeros desequilíbrios planetários, seria indicar e responsabilizar que um determinado meio de produção representa o modo de produção de toda a humanidade, sem levar em consideração a existência de suas mais diversas sociedades.

Nesse sentido J. Morre traz que:

> Estamos realmente vivendo o Antropoceno – com seu retorno a um ponto de vista curiosamente eurocêntrico da humanidade e sua confiança em noções e recursos bem estabelecidos e consolidados de seu determinismo tecnológico – ou estamos vivendo o Capitaloceno, uma era histórica formada por relações que privilegiam a acumulação interminável de capital? (MOORE, 2013, p. 10)

Para o autor não seria a humanidade em si a responsável pelas alterações planetárias. Ou seja, não é a mera existência da espécie humana que representa um impacto planetário, mas sim a forma como as relações de um determinado grupo social se estabeleceram, relações essas que acabaram sendo exportadas e replicadas ao redor do planeta no processo imperialista de expansão capitalista.

Sendo assim:

> A "era do humanus" significa postular uma centralidade particular de um tipo de sujeito, o Anthropos, daí o Antropoceno como a "época da dominação humana" sobre a Terra; enquanto que a "era do capital" revela uma centralidade no projeto histórico-estrutural de co-produção da humanidade na ampla teia da vida, ou seja, a interpenetração eco-histórica e de longa duração da atividade social humana dentro da essência da vida sob uma lógica de acumulação (MOORE apud BARCELOS, 2019 p. 1).

Desse modo, o conceito de capitaloceno é apresentado para registrar que as alterações não só não são vinculadas a existência pura e simples da humanidade, mas sim de um modelo de produção e organização social específicos, mas também para marcar a ideia de que existe uma ampla gama de humanidades e sociabilidades diversas e, portanto, nomear esse fenômeno antropoceno simplificaria e esvaziaria o conceito de humanidade.

O modo de produção capitalista representa marcadores que são cruciais no desenvolvimento dessas alterações planetárias, entre eles destacam-se: a formação de uma sociedade de consumo onde a gama de recursos não se vincula diretamente a percepção de necessidades e sim de desejos humanos; o desenvolvimento de relações em ritmo acelerado que estipula uma nova lógica de racionalidade diante dos humanos e não-humanos.

D. Haraway apresenta que:

> [...] a relevância de nomear de Antropoceno, Plantationoceno ou Capitaloceno tem a ver com a escala, a relação taxa/velocidade, a sincronicidade e a complexidade. A questão constante, quando se considera fenômenos sistêmicos, tem de ser: quando as mudanças de grau tornam-se mudanças de espécie? E quais são os efeitos das pessoas (não o Humano) situadas bioculturalmente, biotecnologicamente, biopoliticamente e historicamente em relação a, e combinado com, os efeitos de outros arranjos de espécies e outras forças bióticas/ abióticas? Nenhuma espécie, nem mesmo a nossa própria – essa espécie arrogante que finge ser constituída de bons indivíduos nos chamados roteiros Ocidentais modernos – age sozinha; arranjos de espécies orgânicas e de atores abióticos fazem história, tanto evolucionária como de outros tipos também. Mas há um ponto de inflexão das consequências que muda o nome do "jogo" da vida na terra para todos e tudo? Trata-se de mais do que "mudanças climáticas"; trata-se também da enorme carga de produtos químicos tóxicos, de mineração, de esgotamento de lagos e rios, sob e acima do solo, de simplificação de ecossistemas, de grandes genocídios de pessoas e outros seres etc., em padrões sistemicamente ligados que podem gerar repetidos e devastadores colapsos do sistema. A recursividade pode ser terrível. (HARAWAY, 2016, p. 139)

Para Haraway, o Antropoceno ou Capitaloceno não é exatamente uma era geológica, mas um marco de um evento-limite, a partir do qual o modo de produção que se alastrou mundialmente nesse processo de modernidade vai redesignar uma nova constituição planetária. Contudo, esse processo é marcado por perdas, tanto humanas quanto não humanas e tanto de vidas quando de conexões. Estabelecem-se, por isso, no curso desse evento inúmeros "refugiados, humanos e não-humanos, sem refúgios." (HARAWAY, 2016, p. 140)

Portanto, a autora entende que cabe a todos os terranos[3], a partir da percepção desse evento, reconstruir relações (sejam elas afetivas, sociais ou produtivas) que façam com que essa passagem se dê de forma breve e com o menor impacto possível.

A visão da autora embasa esse trabalho, que busca mais do que apresentar um cenário complexo e com um futuro alarmante em tempos de tantas perdas, mas sim dialogar com as possibilidades de se traçar novos rumos, a partir de duas bases: a decolonialidade e a interdisciplinariedade.

D. Darvey em recente publicação indicou que:

[3] Termo cunhado por B. Latour e utilizado por D. Haraway ao longo de seu trabalho, para marcar a ideia de que sua percepção de vida planetária ultrapassa a ideia de vida humana.

> Há muito tempo eu tinha recusado a ideia de "natureza" como alheia e separada da cultura, economia e cotidiano. Eu tenho uma visão mais dialética e relacional da ligação metabólica com a natureza. O capital modifica as condições ambientais de sua própria reprodução, mas o faz num contexto de consequências não intencionais (como as mudanças climáticas) e contra as forças evolutivas autônomas e independentes que estão perpetuamente remodelando as condições ambientais. Deste ponto de vista, não existe um verdadeiro desastre natural. Os vírus mudam o tempo todo. Mas as circunstâncias nas quais uma mutação se torna uma ameaça à vida dependem das ações humanas. Há dois aspectos relevantes nisto. Primeiro, as condições ambientais favoráveis aumentam a probabilidade de mutações fortes. [...] Em segundo lugar, as condições que favorecem a transmissão rápida através dos corpos hospedeiros variam muito. Populações humanas de alta densidade pareceriam alvos fáceis do hospedeiro. [...] Mas o impacto econômico e demográfico da disseminação do vírus depende de fissuras e vulnerabilidades preexistentes no modelo econômico hegemônico. (HARVEY, 2020, p. 15)

Assim como apresenta Harvey, será demonstrado nas próximas sessões, que prever e até mesmo barrar o desenvolvimento de novas cepas virais passa fundamentalmente por entender como as relações estabelecidas no capitaloceno e todo desgaste ambiental dessa era/evento são cruciais para o desenvolvimento de novos patógenos. E essa compreensão só é possível através de uma análise interdisciplinar do cenário, com diálogos mais profundos entre biólogos, ecólogos, filólogos, cientistas políticos, cientistas sociais e antropólogos.

2. Agronegócio e degradação ambiental

Dentro de todas as atividades produtivas desenvolvidas no capitalismo a que vem sendo considerada mais impactante no que tange a biossegurança planetária e ao desenvolvimento de novos e mais poderosos patógenos tem-se o agronegócio.

A construção de uma estratégia vitoriosa no que tange ao não aparecimento de novas pandemias, como passaremos a elaborar, começa por uma transformação no modelo de produção agroalimentar.

O agronegócio no seu modelo industrial há muito já é reconhecido como um dos maiores causadores dos impactos ambientais gerados no capitaloceno.

Por assim ser, D. Haraway (2016, p. 144) chega a apresentar em seu texto o conceito de *Plantationocene* que seria um recorte do capitaloceno vinculado as fazendas industriais que surgiram baseadas no modelo de trabalho das fazendas de

produção de monocultura desenvolvidas primordialmente nas Américas durante o período colonial.

O modelo de produção originado nesse processo colonialista e exportado por agroindústrias estadunidenses, a partir de 1940, para as mais diversas regiões do planeta, é responsável pela devastação ambiental de diversas áreas.

Os principais fatores para essa degradação são: a constante expansão das áreas agropecuárias que se realiza através do desmatamento de extensas regiões; o empobrecimento biológico gerado pelo cultivo de monoculturas em diversas regiões e pelo incremento de tecnologias nocivas ao ambiente ao longo da cadeia produtiva, como é o caso do uso de diversos pesticidas e maquinários que utilizam combustíveis fosseis (como tratores, semeadores, entre outros); e a extensa rede de transporte de mercadoria.

Sendo assim D. Haraway diz que:

> O Plantationoceno prossegue com crescente ferocidade na produção global de carne industrializada, no agronegócio da monocultura, e nas imensas substituições de florestas multiespecíficas, que sustentam tanto os humanos quanto os não humanos, por culturas que produzem, por exemplo, óleo de palma. (HARAWAY, 2016, p. 144)

Altieti e Nicolls (2020) afirmam que cerca de 80% de todos os 1.500 milhões de hectares de áreas plantadas no mundo é ocupada por monoculturas. Sendo essas monoculturas responsáveis pelo dispêndio de 2.300 milhões de kg (quilos) de pesticidas por ano, atingindo o objetivo de combate a praga em somente 1% dos casos.

Se a produção de insumos vegetais já gera impactos bastante significativos, a produção pecuária é ainda mais complexa e danosa. Isso porque ela exige não só todos os mecanismos abordados anteriormente como também uma cadeia de suprimento que serve de alimentação para esses animais. Ou seja, além da produção de animais em si há que se estabelecer uma cadeia de produção vegetal responsável por sustentar/alimentar esses animais.

Nesse sentido, J. Poore e T. Nemecek (2018, n. paginado) apresentam que os produtos para consumo alimentar de origem animal usam 83% das terras agrícolas do mundo e contribuem com 56 a 58% dos alimentos emissões diferentes, apesar de fornecer apenas 37% das nossas proteínas e 18% das nossas calorias. Além disso, 67% do desmatamento para agricultora é realizado para produção de alimentos aos animais criados para produção e consumo humano.

A problemática se faz ainda mais relevante quando se observa que além de todo desgaste ambiental gerado com a produção pecuária e da discussão ética que se faz fundamental no que tange ao consumo de animais não-humanos, a saúde humana também vem sendo diretamente impactada pelo consumo exacerbado desses animais.

Segundo dados publicados no relatório "F*ood and in the anthropocene*", na revista Lancet, o consumo de produtos derivados de animais encontra-se superior ao que seria adequado para a vida humana saúde e para a sustentabilidade planetária. O consumo de animais e insumos deles retirados (leite, ovos, entre outros) excede quase 300% o limite estabelecido para uma dieta saudável (LANCET, 2019, p. 12).

Resta demonstrado, portanto, que o agronegócio não só se (re)produz a partir do modo de produção capitalista, mas também se curva a lógica de um consumo exacerbado em detrimento de qualquer base ética seja em relação a garantia de vida e dignidade aos animais não-humanos (que por ele são transformados em mercadoria), da sustentabilidade planetária ou mesmo da saúde humana.

2.1. O cenário brasileiro e o agronegócio

O Brasil, como um dos maiores agroexportadores mundiais, tem sua geografia e consequentemente seu meio ambiente diretamente afetados pela produção agrícola.

Soma-se a isso o cenário de (in)existências de políticas ambientais efetivas, em um plano de governo que despreza o desenvolvimento e/ou o cumprimento de qualquer medida protetiva ambiental a ponto de nos depararmos com o cenário vivenciado nos últimos dois anos, qual seja: o disparo no número de queimadas, desmatamento e grilagem de áreas de proteção ambiental; com um constante aumento das áreas de pastagens em regiões centrais para o equilíbrio ecossistêmico global, como a Floresta Amazônica e o Pantanal.

O crescimento de áreas desmatadas na região da Amazônia, em 2020, já ultrapassa 35% de aumento em comparação ao mesmo período do ano de 2019 (IPAM, 2020), tendo o crescimento entre os anos de 2018 e 2019 de cerca de 85% (IHU, 2020), segundo dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE).

Na região do Pantanal, de acordo com a map-biomas, o desmatamento nesse bioma mais que quadruplicou no último ano (BBC, 2020).

Segundo dados da FAO, entre os anos de 1990 a 2005, a expansão da fronteira agrícola foi responsável por 80% do desmatamento no Brasil (FAO, 2016, n. paginado).

3. Agronegócio e Pandemias

Se no que tange a degradação ambiental o conhecimento acerca da devastação causada pelo agronegócio vem sendo bastante difundida, a recente pandemia do coronavírus reacendeu e tornou central a discussão do impacto sanitário da prática.

Nesse sentido Silva apresenta que:

> O papel da pecuária industrial na produção de doenças infecciosas não compõe exatamente uma novidade para os pesquisadores especializados. No entanto, desde a epidemia de gripe aviária que matou cem pessoas na China em apenas uma semana, diversas pesquisas apontam a causa da emergência de novas doenças infecciosas na microbiologia viral bastante particular da pecuária industrial globalizada. O modelo de criação animal intensiva remonta aos Estados Unidos dos anos 1940 e surgiu sob os auspícios das sociedades de eugenia humana que popularizaram a noção de melhoramento genético como forma de incremento da dominação humana sobre a natureza. No entanto, ainda que compartilhe esse assoalho comum com a eugenia humana, o melhoramento genético de plantas e animais decantou na ideologia da modernização capitalista como se tratasse de uma conquista civilizatória biossegura que nos afastaria da insegurança alimentar crônica. (SILVA, 2020a)

Em relatório lançado em 2013, a FAO aponta que 70% das doenças infecciosas desenvolvidas mundialmente desde a década de 1940 são de origem zoonótica. Ou seja, as doenças se originam no contato e interação entre animais humanos e não-humanos.

Incialmente esse dado pode parecer contraditório, se levarmos em consideração que com o caminhar da modernidade e o reforço imperialista do modelo de socialização pautado na urbanidade gerou um certo afastamento entre humanos e não-humanos. Ao abordarem o tema C. Schuck e W. Jimenez trazem que:

> Condições especiais são necessárias para que isto ocorra, especialmente em sociedades cada vez mais urbanizadas, onde o nosso contato direto com a natureza é muito esporádico, e quando ocorre usamos botas para nos proteger do solo, repelentes para nos proteger dos insetos, além de levarmos nossa própria água e comida. (SCHUCK e JIMENEZ, 2020, p. 9)

Essas condições são proporcionadas pelo sistema capitalista através da prática do agronegócio. Prática essa que não por coincidências se expandiu globalmente principalmente a partir da década de 1940. Em gráfico explicativo do desenvolvimento do risco de transmissibilidade para humanos de doenças zoonóticas C. Schuk e W. Jimenez demonstram o exponencial que é gerado pelas criações de animais para produção e consumo humano.

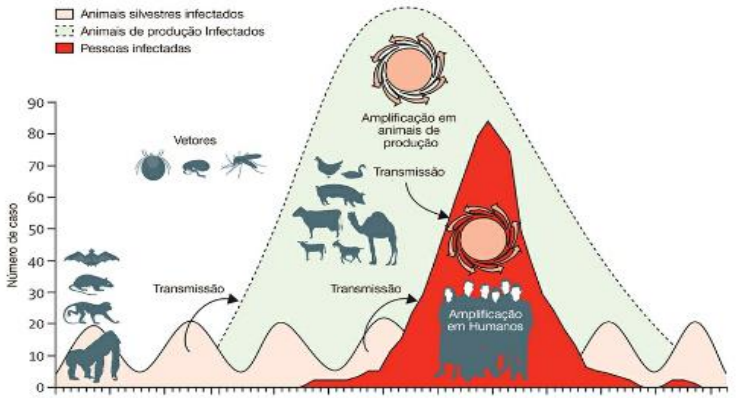


Gráfico desenvolvido por C. Schuck e W. Jimenez (2020, p. 11)

Através da imagem apresentada consegue-se perceber que nas culturas intensivas de produções de animais o potencial de transmissão de zoonoses se dá de forma exponencial, porque não só existe a possibilidade transmissão direta entre animais silvestres e animais humanos, mas também entre animais silvestres e animais criados intensivamente que funcionam como intermediários à evolução das cepas que posteriormente contaminam animais humanos.

A aglomeração de animais em um pequeno espaço por si só é uma das condições que levam ao desenvolvimento dessas novas cepas. Isso se dá: pela baixa na resposta autoimune devido a própria dinâmica do confinamento (WALLACE, 2020, p. 91), pelo acumulo significativo de dejetos, a respiração de amoníaco acima

do desejado pelos animais; a aproximação dos animais que leva a aumento na transmissibilidade de patógeno; e a necessidade de uso excessivo de antibióticos e produtores desenvolvedores de crescimento pecuário (ALTIERI E NICHOLLS, 2020, n. paginado).

Nesse sentido E. Murgueitio traz que:

> además de ser contaminantes y costosos, su peor efecto para la salud humana es la creación de condiciones de resistencia de cepas patógenas a los medicamentos. Igual que otros virus, a la espera de una próxima pandemia, hacen fila las súper bacterias como Pseudomonasaeruginosa, Escherichiacoli, Staphylococcusaureus y Salmonellas, a las cuales no hay cómo enfrenta. (MURGUEITIO apud ALTIERI E NICHOLLS, 2020, n. paginado).

Contudo, essa não é a única característica apresentada pelo agronegócio que propicia as mutações genéticas de cepas virulentas e agressivas.

A alta taxa de contágio entre os animais confinados, se dá não só pela própria dinâmica no confinamento, mas também por suas características de modificação genéticas que levam a existências de verdadeiras "monoculturas animais"[4] e pela agilidade em seu abate que fazem com que os vírus para continuarem realizando o processo de contaminação tenham que se desenvolver de forma a serem cada vez mais rapidamente transmissíveis.

A esse respeito R. Wallace traz que:

> A produção industrial de animais compreende pouco mais do que abate contínuo. Os vírus de *influenza* resultantes, que devem ser transmitidos a partir de animais cada vez mais jovens, não são apenas mais virulentos, mas capazes de crescer em face do sistema imunológico mais robusto de uma população hospedeira. (WALLACE, 2020, p. 92)

Além da aglomeração que gera um acúmulo significativo de dejetos, a respiração de amoníaco acima do desejado pelos animais, a necessidade de uso excessivo de antibióticos para conter eventuais infecções e da alta taxa de contágio devido ao desenvolvimento das monoculturas animais e do rápido processo de abate; outros fatores responsáveis pela evolução virulenta são desencadeados pelo agronegócio.

O desmatamento, que acontece em larga escala no processo de ocupação de áreas de plantio/criação, como abordado na sessão anterior, gera uma maior

[4] Termo utilizado por R. Wallace em textos agrupados em seu livro Pandemia e Agronegócio: Doenças Infecciosas, capitalismo e ciência.

aproximação entre animais silvestres e animais confinados, bem como fazem com que animais silvestres realizem migrações forçadas, trazendo uma maior possibilidade de transmissibilidade e evolução de diversas cepas viras. Nesse sentido Ribeiro traz que:

> Os vírus podem passar de uma espécie a outra e embora possam se originar em espécies silvestres de aves, morcegos e outras, é a destruição dos habitats naturais que os empurra para fora de suas áreas, onde as cepas dos vírus estavam controladas dentro de sua própria população. Dali passam às áreas rurais e depois às cidades. (RIBEIRO, 2020, p. 2)

Nesse contexto, o desmatamento de áreas úmidas globalmente vem sendo cruciais na interlocução de novos patógenos, principalmente nos oriundos de aves (como é o caso de algumas das diversas modalidade de *influenza*).

Esse cenário preocupa ainda mais o potencial brasileiro para geração de futuras cepas virulentas, principalmente diante dos recentes casos de queimadas (e consequentemente) desmatamento na região do Pantanal. A esse respeito A. Silva diz:

> Em todo o planeta, as áreas úmidas como pântanos, turfas e charcos atuam como zonas de pousio e invernada para bandos de aves migratórias que são reservatórios para diversas cepas de vírus da influenza. [...]
>
> À medida que a produção agropecuária avança sobre as áreas úmidas, drenadas para a formação de campos de cultivo, esses bandos de aves perdem suas áreas de pousio e passam a forragear em meio aos restos das produções de grãos das fazendas. Essa pressão aumenta a interface entre aves migratórias selvagens e aves de criação. Quando os vírus das aves selvagens infectam, por exemplo, um celeiro de frangos de corte, encontram uma via livre para testar caminhos de evolução para sua patogenicidade e virulência, sem, contudo, contar com os mecanismos de interrupção de doenças com que as florestas e os bandos de animais selvagens possuem em razão de sua biodiversidade. (SILVA, 2020, n.paginado)

Risco alto também é percebido no Brasil na região Amazônica (também amplamente afetada pelo desmatamento principalmente nos últimos dois anos), nesse caso não pela possibilidade de desenvolvimento de cepas de influenza, mas sim pelo potencial biológico existente na região que concentra, por exemplo, o maior repositório de coronavírus no planeta (SILVA, 2020a).

A floresta possui em si um alto grau de controle epidemiológico, contudo, as taxas de desmatamento fazem com que o potencial de biodiversidade decaia os riscos se tornem eminentes.

À título de exemplo, M. Altieri e C. Nicholls (2020) apresentam que "um mero aumento de 4% no desmatamento na Amazônia aumentou a incidência de malária em quase 50%".

Outro fator propiciado pelo agronegócio que se torna relevante no desenvolvimento e expansão epidêmica é a grandiosidade das cadeias de transporte de alimentos. A produção alimentícia se faz globalizada, com utilização de imensas áreas para produção de alimentos únicos, o que faz com que alimentos precisem circular por milhares de quilômetros até chegar no seu consumidor final.

Nos casos das grandes cidades (com mais de cinco milhões de habitantes), por exemplo, os cidadãos precisam importar pelo menos 2 milhões de toneladas por dia, que circulam mais de 1.000 quilômetros (ALTIERI E NICHOLLS, 2020, n. paginado).

Ademais grandes agroindústrias que atua globalmente fazem a circulação de inúmeros animais vivos dentro de suas mais diversas fazendas - que se encontram estabelecidas nas mais diversas áreas do planeta, uma vez que isso facilita eventuais quebras de embargos políticos e econômicos que se dão entre muitos fatores pelas próprias condições sanitárias da produção - aumentando o potencial de circulação de vírus (WALLACE, 2020, p. 99).

Outro fator que é crucial na análise é que o incentivo cada vez maior de desenvolvimento da agroindústria faz com que inúmeros pequenos produtores percam seu potencial de disputa no mercado de produção de alimentos, precisando se unir aos grandes conglomerados para garantir sua subsistência.

Nesse sentido R. Wallace apresenta que:

> Nas últimas três décadas, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial concederam a países mais pobres empréstimos condicionados a remoção de apoios para os mercados domésticos de alimentos. Pequenos agricultores não podem competir com as importações das corporações, mais baratas e subsidiadas pelo Norte global.
>
> [...]
>
> Por contrato informal, os pequenos agricultores devem comprar suprimentos transnacionais aprovados e nem sempre têm a garantia de que suas aves serão compradas de volta pelo parceiro transnacional a um preço justo de mercado, ou que sequer conseguirão vende-las, no fim da produção. (WALLACE, 2020, p. 120)

Nesse processo empresas agroindustriais cedem animais jovens a agricultores contratados para que eles os criem e, após crescimento/engorda,

enviem os animais as fábricas para abate. Contudo, a maioria desses pequenos produtores não tem estrutura paras garantir um afastamento entre esses animais e eventuais animais silvestres que estejam ao redor de sua produção nem para garantir um efetivo controle de pragas, o que prejudica drasticamente a garantia de qualquer condição sanitária durante o processo[5] (WALLACE, 2020, p. 121).

De forma resumida, R. Wallace apresenta então as maiores problemáticas à biossegurança percebidas na produção agroindustrial como:

> A monocultura de capital intensivo – tanto a pecuária quanto a agricultora – impulsiona o desmatamento e os empreendimentos que aumentam a taxa e o alcance taxonômico do transbordamento de patógenos: dos animais selvagens para os da pecuária e, destes, para os trabalhadores do setor. Uma vez que esses patógenos entram na cadeia alimentar, a produção pode contribuir com a seleção de variantes de patógenos de maior mortalidade, por recombinação genética e por mudanças antigênicas, ocorridas sob circunstância de supressão imunológica. Através do comércio global que agora caracteriza o setor, as cepas recém-desenvolvidas podem ser exportadas para o mundo todo (WALLACE, 2020, p. 527).

A partir de todas as matrizes de risco apresentadas, a dúvida que fica é: quem vai arcar com os riscos a biossegurança assumidos pelo agronegócio? Diante desse cenário de inúmeros riscos, que não é novo, porque a produção em escala industrial ainda é a mais utilizada globalmente?

4. Pacto com o capital

Segundo Singer, os governos de todo o mundo estão arcando com esses custos, ou seja, de certa forma todos nós subsidiamos o enriquecimento constante dos grandes conglomerados agroindustriais. Como isso é feito? Através não só a incentivos fiscais dados a implementação desse sistema produtivo em detrimento de outros, mas também em bilhões de dólares gastos com desenvolvimento de vacinas animais e humanas, medicamentos de combate a doenças geradas pelo sistema - que incluem problemas de saúde graves aos trabalhadores que lidam no dia-a-dia com químicos potencialmente danosos, problemas gerados pela poluição

[5] Lembrando que por serem contratados, esses pequenos criadores sequer tem a garantia de que a produção será posteriormente comprada pela agroindústria, o que faz com que ele se encontre em uma situação de submissão forçada a esses grandes conglomerados, que sequer se responsabilizam pelos custos para garantia sanitária da produção dos seus contratados.

de ares e águas, intoxicação alimentar, entre outros – e danos a infraestrutura de transporte (SINGER, 2005, n. paginado).

Dessa forma, entender que é necessário estabelecer uma quebra sistêmica quebrando o pacto com o capital para que se possa garantir condições de biossegurança alimentar mais favoráveis se faz crucial.

Inúmeros são os modelos de produção que podem ser apresentados como alternativas mais adequadas, seja do ponto de vista sanitário, ecológico, cultural e socioeconômico, em detrimento da agropecuária industrial. Mas a manutenção de qualquer uma dessas alternativas em um modelo de produção capitalista é insustentável tanto a vidas humanas quanto não humanas.

CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus veio reacender e centralizar debates acerca do potencial da produção agroindustrial para causar destruição ambiental e gestar riscos sanitários e pandemias.

A existência de problemas de biossegurança no processo de produção da cadeia agroindustrial não é novidade, uma vez que somente nos últimos dez anos passamos por inúmeras pandemias oriundas do setor.

Contudo, o efeito indireto da agroindústria no desenvolvimento de outro patógenos vem sendo amplamente discutido a partir da emergência do coronavírus. Ou seja, ainda que se fale em um vírus que ao que tudo indica passou de um animal silvestre a um humano, não tendo como no caso da gripe aviária e suína passado por animais intermediários, a agroindústria se faz fundamental em seu desenvolvimento.

Esse envolvimento entre a agroindústria e o desenvolvimento de novos patógenos se dá por todos os impactos gerados ao longo de sua cadeia produtiva, quais sejam: intensa degradação ambiental - que gera migração de espécies, diminuição do potencial biodiverso e das barreiras naturais de controle viral, aumento do contato de animais silvestres e animais humanos, entre outros -, aumento no risco de desenvolvimento e evolução de patógenos virulentos e transmissíveis - devido ao confinamento de grandes números de animais, ao enfraquecimento imunológico desses animais confinados, ao alto uso de antibióticos e químicos desenvolvedores de crescimento -, as grandes cadeias de transporte e mais do que isso, ao interesse de que a indústria tem em barganhar os

riscos, sem levar em consideração que a barganha se faz não só em capital, mas em número de vidas.

Por isso, repensar causas, efeitos e potenciais inibidores de novas pandemias só se fará de modo consistente se abordado de forma interdisciplinar e numa perspectiva de luta sistêmica.

Criar espaços de diálogos onde todos os fatores diretos e indiretos do sistema capitalista e do agronegócio que levam a emergência de novas cepas patogênicas sejam abordados de forma interligada é fundamental para que se desenvolva uma frente consistente e efetiva nessa proteção a biossegurança mundial.

Nesse sentido, esse artigo se construiu como uma apresentação panorâmica dos efeitos biológicos agronegócio no capitaloceno, numa certeza de que o vislumbre desse cenário se fará como alavanca para pensarmos coletivamente gastropolíticas mais protetivas a saúde planetária, humana e não humana.

Acreditamos (e temos esperança) que essas abordagens se farão por base de uma discussão agrícola decolonial, através das inúmeras possibilidades agroecológicas apresentadas e tradicionalmente mantidas por pequenas comunidades ao redor do globo. Deixamos aqui, portanto, um convite, para a partir do cenário catastrófico delineado pelo risco do agronegócio (e confirmado nos últimos meses com a pandemia do coronavírus) começarmos a dialogar estratégias de (r)evolução agroalimentar.

REFEFÊNCIAS

ALTIERI, Miguel A. &NICHOLLS, Clara I. La agroecología en tiempos del COVID19. Califórnia, 2020. Disponível em: https://www.clacso.org/la-agroecologia-en-tiempos-del-covid-19/. Acesso em: 01 fev. 2021

BARCELOS, Eduardo Álvares da Silva. ANTROPOCENO OU CAPITALOCENO: Da simples disputa semântica à interpretação histórica da crise ecológica global. In: *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica.* Vol. 31, No. 1: 1-17.2019. Disponível em: https://redibec.org/ojs/index.php/revibec/article/view/356/222. Acesso em: 31 jan. 2021.

BBC News. *Por que Pantanal vive 'maior tragédia ambiental' em décadas*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53662968#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Inpe,16%2C5%25%20do%20bioma.&text=De%20acordo%20com%20o%20MapBiomas,que%20quadruplicaram%20em%20um%20ano.. Acesso em: 01 fev. 2021

CARVALHO, Luhuna Francisco Magalhães. *O tempo da ruptura do mundo: Antropoceno e Capital*. Dissertação de Mestrado em Ciências da Comunicação. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa. Portugal. 2015

CRUTZEN, Paul J; STOERMER Eugene F., "The Anthropocene". In: *Global Change Newsletter,* No. 41, (2000) 17-18.

DAVIS, Mike, et al: *Coronavírus e a luta de classes. Terra sem Amos*: Brasil, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Coronavirus-e-a-luta-de-classes.pdf. Acesso em:25 jan. 2021

DW BRASIL, *Violência e destruição ambiental avançam durante a pandemia:* De norte a sul do Brasil, mortes e confrontos entre agentes de fiscalização e infratores ambientais são relatados durante a crise do coronavírus. Na Amazônia, desmatamento deve superar recorde atingido em 2019. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/viol%C3%AAncia-e-destrui%C3%A7%C3%A3o-ambiental-avan%C3%A7am-durante-a-pandemia/a-53455339 Acesso em:30 jan. 2021

ESTADO DE MINAS, *Aquecimento global: setembro foi o mês mais quente da história:* Dado foi apresentado pelo serviço sobre mudanças climáticas do Programa Copernicus, da Agencia Espacial Europeia. Disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp//index.php/noticias/2020/05/05/pandemia-incide-no-ano-mais-importante-da-historia-da-humanidade-serao-proximas. Acesso em: 30 jan. 2021

FAO, FAO: *Agronegócio foi responsável por quase 70% do desmatamento na América Latina*. Não é necessário desmatar as florestas para produzir mais alimentos é o que aponta o relatório: O Estado das Florestas do Mundo. 2016. Disponível em: http://www.fao.org/americas/noticias/ver/pt/c/425810/. Acesso em 30 jan. 2021.

HARAWAY, Donna. Antropoceno, Capitaloceno, Plantationoceno, Chthuluceno: fazendo parentes. In: *ClimaCom,* ano 3, n. 5,

"Vulnerabilidade", 2016, p. 139-146. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374761/mod_resource/content/0/HARAWAY_Antropoceno_capitaloceno_plantationoceno_chthulucceno_Fazendo_parentes.pdf . Acesso em: 29 jan. 2021

IHU. *Desmatamento na Amazônia cresce 85% em 2019*. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/595622-desmatamento-na-amazonia-cresce-85-em-2019 . Acesso em: 31 jan. 2021

IPAM, *Desmatamento na Amazônia sobe 35% em um ano; risco de fogo é alto em 2020*. Disponível em: https://ipam.org.br/desmatamento-na-amazonia-cresce-35-em-um-ano-e/#:~:text=SOMOSTODOSAMAZ%C3%94NIA-,Desmatamento%20na%20Amaz%C3%B4nia%20sobe%2035%25%20em%20um%20ano%3B%20risco%20de,fogo%20%C3%A9%20alto%20em%202020&text=Os%20dados%20mais%20recentes%20de,1.654%20quil%C3%B4metros%20quadrados%20em%20julho.. Acesso em: 01 fev. 2021

LANCET. *Dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis - Relatório Sumário da Comissão EAT- Lancet*. Disponivel em: https://eatforum.org/content/uploads/2019/04/EAT-Lancet_Commission_Summary_Report_Portugese.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021

MOORE, Jason W. El auge de la ecología-mundo capitalista (II): las fronteras mercantiles en el auge y decadencia de la apropiación máxima. In: *Revista Labertinto* N°39. 2013

OLIVEIRA, Daniel Coelho de. *Alimentação, agronegócio e pandemia: um debate para o tempo presente*. Disponível em: http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/pages/iframe_print.php?aid=1249. Acessado em 10 de janeiro de 2020.

PAIM, Cynthia Schuck Paim; ALONSO, Wladimir J. *Pandemias, saúde global e escolhas pessoais*. Alfenas: Cria Editora, 2020.

POORE, J. e NEMECEK. T. Reducing food's environmental impacts through producers and consumers. In: *Science*. 01 Jun 2018: Vol. 360, Issue 6392, pp. 987-992. Disponível em: https://science.sciencemag.org/content/360/6392/987. Acesso em: 01 fev. 2021

SILVA, Allan Rodrigo de Campos. *A pandemia e o agronegócio no Brasil. 2020a*. Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-pandemia-e-o-agronegocio-no-brasil/ Acesso em: 30 jan. 2021

SILVA, Allan Rodrigo de Campos. *Resenha: Pandemia e agronegócio: doenças infecciosas, capitalismo e ciência, de Rob Wallace*. Revista NERA, v. 23, n. 55, p. 427-431, set.-dez., 2020b.

SINGER, Peter. *Who Pays for Bird Flu?*. Disponível em: https://www.utilitarian.net/singer/by/200511--.htm. Acesso em: 25 jan. 2021

STEFFEN, W. et al. *The Anthropocene: conceptual and historical perspectives. Philosophical Transactions Of The Royal Society* A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences, [s.l.], v. 369, n. 1938, p.842-867, 31 jan. 2011.

VEJA*, Aquecimento Global: 2020 bate recorde de temperatura*. Apesar dos efeitos da pandemia e de 'La Niña', houve um aumento da temperatura média de 1,25 ºC em relação à era pré-industrial, o maior já registrado. Disponível em: https://veja.abril.com.br/mundo/aquecimento-global-2020-bate-recorde-de-temperatura/. Acesso em: 20 jan. 2021

WALLACE, Rob. *Pandemia e agronegócio: doenças infecciosas, capitalismo e ciência.* Tradução: Allan Rodrigo de Campos Silva. Editora Elefante & Igrá Kniga, São Paulo, 2020.

ALIMENTAÇÃO ESCOLAR E A PRODUÇÃO ORGÂNICA: uma política alimentar para as escolas do campo no município de Santarém/PA

Marcelino Conti de Sousa
Universidade Federal Fluminense, Doutor, Niterói/RJ, Brasil
contimarcelino@gmail.com

Lílian Regina Furtado Braga
Universidade Federal Fluminense, Mestranda, Niterói/RJ, Brasil
lreginabraga@hotmail.com

Resumo: O Programa Nacional de Alimentação Escolar - Pnae é um programa de assistência financeira suplementar com vistas a garantir no mínimo uma refeição diária aos alunos beneficiários. Com a aprovação da Lei nº 11.947/2009, no mínimo 30% do valor destinado deverá ser utilizada na aquisição da produção agrícola familiar. Este trabalho se propõe analisar a execução deste programa através da observação (participante) dos processos, procedimentos e atores envolvidos no município de Santarém/PA nos anos de 2015 a 2020. Em que várias ações do movimento estudantil em meados de 2014 e foi até o Ministério Público do Estado do Pará propor mudanças com relação a "merenda escolar". Este movimento alterou a forma de Gestão Escolar, com foco na Alimentação Escolar: financiamento, políticas públicas, processos democráticos.

Palavras-chave: Alimentação escolar, Movimento estudantil, Segurança alimentar, Políticas Públicas, Agricultura familiar.

Abstract: The National School Feeding Program - Pnae is a program of supplementary financial assistance in order to guarantee at least one daily meal to beneficiary students. With the approval of Law 11,947/2009, at least 30% of the amount destined must be used for the acquisition of family agricultural production. This work aims to analyze the implementation of this program through the observation (participant) of the processes, procedures and actors involved in the municipality of Santarém/PA from 2015 to 2020. In which several actions of the student movement in mid-2014 and went to the Public Ministry of the State of Pará to propose changes regarding "school meals. This movement changed the form of School Management, focusing on School Feeding: financing, public policies, democratic processes.

Keywords: School feeding, Student movement, Food security, Public policies, Family agriculture.

Introdução

O presente artigo nasce a partir de observação participante dos autores e análise documental do procedimento administrativo instaurado no âmbito do Ministério Público do Estado do Pará que acompanhou a execução da política pública de educação entre os anos de 2015 e 2020 nas escolas dos municípios de Santarém, Belterra e Mojuí dos Campos, no estado do Pará, Brasil.

Destacaram-se, nesse contexto, as tratativas elaboradas com o poder público, a partir da provocação formulada pelos estudantes de ensino médio, das escolas estaduais do município de Santarém, a respeito da alimentação distribuída nas escolas. As discussões lideradas pelos estudantes questionavam a efetividade do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, que é um programa de assistência financeira suplementar com vistas a garantir no mínimo uma refeição diária aos alunos beneficiários.

A quantidade e a qualidade dos alimentos servidos nas escolas permitiram aos alunos manifestantes apresentarem aos gestores a ineficiência dos investimentos até então realizados na aquisição de produtos para merenda escolar e que estes não atendiam a demanda, uma vez que alunos ficam sem merendar, assim como outros tantos alunos desistiam de ir em busca da merenda por causa de sua baixa qualidade. Aquele alimento não despertava interesse entre os jovens e adolescentes.

Com a aprovação da Lei nº 11.947/2009, no mínimo 30% do valor destinado a aquisição de produtos para alimentação escolar, deverá ser utilizada na aquisição da produção agrícola familiar. Focalizou-se como o movimento "Égua da Merenda, João!", provocou um processo de mudança na gestão da alimentação escolar.

A utilização de um aplicativo eletrônico, usado a partir de aparelhos celulares evidenciou os problemas cotidianamente experimentados pelos alunos no momento da alimentação escolar. Esses dramas vieram a público e foram medidos a partir de dados cumulativos que geravam as estatísticas de dias de observação dos alunos ao que era servido na merenda escolar.

Nas várias ações do movimento estudantil que em meados de 2014 foi até o Ministério Público do Estado do Pará propor mudanças com relação a "merenda escolar", observaram-se avanços como a inclusão de alunos no processo de avaliação sensorial dos produtos a serem licitados pelo poder

público, alargamento das aquisições de produtos da agricultura familiar e finalmente a inclusão de produtos orgânicos na alimentação escolar.

Este movimento alterou a forma de Gestão Escolar, com foco na Alimentação Escolar: financiamento, políticas públicas e processos democráticos.

1. Política Pública de Alimentação Escolar

O Programa Brasileiro de Alimentação Escolar existe desde 1955, quando a Comissão Nacional de Alimentos regulamentou a Campanha da Merenda Escolar, longeva politica pública de suplementação alimentar cujo objetivo inicial era de garantir aos pré-escolares e escolares, na faixa etária dos 7 aos 14 anos, o atendimento de 15% das suas necessidades nutricionais diárias, resultado da luta do Instituto de Nutrição da Universidade do Brasil[1], criado por Josué de Castro em 1946, este pesquisador e politico, dentre as inúmeras publicações, destaca-se Geografia da fome e Geopolítica da Fome, foi Presidente da Organização de Alimentação e Agricultura das Nações Unidas (FAO), por 2 mandatos consecutivos, entre 1951 e 1955.

Na década de 50, foi elaborado um abrangente Plano Nacional de Alimentação e Nutrição, denominado Conjuntura Alimentar e o Problema da Nutrição no Brasil. É nele que, pela primeira vez, se estrutura um programa de merenda escolar em âmbito nacional, sob a responsabilidade pública.

O Programa de Merenda Escolar foi financiado do Fundo Internacional de Socorro à Infância (Fisi), atualmente Unicef, que permitiu a distribuição do excedente de leite em pó destinado, inicialmente, à campanha de nutrição materno-infantil.

A luta era para garantir o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) que já estava presente na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos(1948), que consolidou direito de viver livre da fome e da desnutrição.

---

1 Em 1946, por iniciativa de Josué de Castro foi criado o Instituto de Nutrição da Universidade do Brasil, onde, a partir de 1948, autorizado pelo Conselho Universitário da Universidade do Brasil, teve início o Curso de Dietistas (atual Curso de Graduação em Nutrição do Instituto de Nutrição da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ).

> Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle" (artigo 25, item 1, Declaração Universal dos Direitos Humanos ONU)
>
> O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado num sentido estrito ou restritivo, que equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada deverá ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não (CG nº 12 – Par. 6).

A campanha da merenda escolar sofreu varias mudanças de denominação até chegar a atual, Programa Nacional de Alimentação Escolar, PNAE para assistência aos alunos do ensino fundamental, sendo estendido também à educação infantil e às creches, com administração do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação FNDE.

Hoje a preocupação atual é o risco de retrocessos nos direitos a alimentação adequada com as ações em do MEC e da presidência . A extinção do Ministério do Desenvolvimento Agrário, a nomeação dos novos ministros da Educação e da Agricultura, alinhados com o agronegócio no Brasil, além de diversos cortes e flexibilizações trabalhistas, apontam para a perda desse direito.

Desde sua criação o programa foi passando por mudanças que o tornaram importante na segurança alimentar nutricional dos alunos, da sua criação até 1993, o programa era executado de forma centralizada, os cardápios, a aquisição dos gêneros alimentícios e a distribuição de alimentos.

A Lei n° 8.913, de 12/7/94 promoveu a descentralização dos recursos, mediante celebração de convênios com os municípios e com o envolvimento das Secretarias de Educação dos estados e do Distrito Federal, evoluindo para o repasse direto feito pelo FNDE de um valor diário per capita a todos os municípios ,

Em 2001, a Medida Provisória n° 2.178 determinava que 70% dos recursos transferidos pelo governo federal sejam aplicados exclusivamente em

produtos básicos e o respeito aos hábitos alimentares regionais e à vocação agrícola do município, fomentando o desenvolvimento da economia local, e reforçando o Conselho de Alimentação Escolar (CAE) como órgão deliberativo, fiscalizador e de assessoramento para a execução do Programa. Os CAEs são formados por representantes de entidades civis organizadas, dos trabalhadores da educação, dos discentes, dos pais de alunos e representantes do poder Executivo.

Os valores per capitas do PNAE são diferenciados para atender as diversidades étnicas e as necessidades nutricionais por faixa etária e condição de vulnerabilidade do publico alvo, combinado com o respeito aos hábitos alimentares regionais, no mínimo 30% do valor repassado a estados, municípios e Distrito Federal pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) deve ser utilizado na compra de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações.

Após a descentralização, vários problemas surgiram relacionados ao processo licitatórios, sobre a qualidade dos alimentos, a aceitabilidade e aproveitamento dos alimentos adquiridos, porem a compra de alimentos dos agricultores locais promoveram mudanças na merenda oferecida, nas praticas alimentares, nos preparos, e na construção de novos hábitos dentro do PNAE.

> O PNAE se subsidia na Portaria Interministerial nº 1010, de 08 de maio de 2006:
>
> Considerando que a alimentação no ambiente escolar pode e deve ter função pedagógica, devendo estar inserida no contexto curricular, resolvem:
>
> Art. 1º - Instituir as diretrizes para a Promoção da Alimentação Saudável nas Escolas de educação infantil, fundamental e nível médio das redes pública e privada, em âmbito nacional, favorecendo o desenvolvimento de áreas que promovam e garantam a adoção de práticas alimentares mais saudáveis no ambiente escolar.
>
> Art. 2º - Reconhecer que a alimentação saudável deve ser entendida como direito humano, compreendendo um padrão alimentar adequado as necessidades biológicas, sociais e culturais dos indivíduos, de acordo com as fases do curso da vida e com base em práticas alimentares que assumam os significados socioculturais dos alimentos.

Esse papel da educação na disseminação na sociedade os princípios da promoção da alimentação adequada e saudável, se dará pela grande capilaridade

das escolas em todo o território nacional, respeitados os conhecimentos tradicionais e práticas alimentares, ao mesmo tempo que retira da invisibilidade os sujeitos com suas identidades, responsáveis pela conservação da biodiversidade.

É notório a importância da alimentação servidas nas escolas, principalmente as localizadas na periferia, próximos aos bolsões de pobreza, alimentos de qualidade, em quantidade suficiente auxiliam no desenvolvimento físico motor, intelectual, afetivo emocional, econômico e social, contribuem para as condições satisfatórias de aprendizado. Um grande numero de alunos tem a merenda escolar como a sua refeição principal.

De acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar realizada pelo IBGE (2012) em média trinta e oito por cento das crianças não realizam a primeira refeição do dia que é o café da manhã. Como resultado prático deste programa temos a redução da evasão e a repetência, além de melhora no rendimento escolar e ainda os hábitos alimentares saudáveis.

2013

2. Movimento estundadil "PACTO PELA EDUCAÇÃO"

Alunos de algumas escolas estaduais do município de Santarém[2], no ano de 2015 realizaram diversas manifestações nas praças e ruas da cidade para denunciar o estado caótico que estas escolas apresentavam.

2 IDEB séries iniciais (2017) = 5,5; Taxa de escolarização de 6 a 14 (2010) = 97,3%; Docentes do ensino médio = 787; Número de estabelecimento de ensino médio (2018) = 42, dados do IBGE – https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/santarem/panorama, acessado em 04.01.2021, 00:15h.

Figura 1



2014

Imagem do acervo pessoal dos pesquisadores

As pautas apresentadas pelos estudantes se concentravam nos seguintes temas: infraestrutura; espaços pedagógicos; segurança e merenda escolar. Havia uma percepção de ausências no universo escolar que o estudantes trouxeram para o movimento estudantil com um ato político para propor a visibilidade dessas ausências. GOMES (2017, p.40) indica que a percepção dessa ausência não acontece por acaso. As manifestações que tomaram conta das ruas faziam emergir necessidades que eram invisibilizadas na gestão das política pública de educação. Neste contexto, se pode analisar:

> A sociologia das ausências consite numa investigação que visa demonstrar que aquilo que não existe é, na realidade, ativamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não credível ao que existe. O objetivo da sociologia das ausências é transformar as audências em presenças. (GOMES, 2017, p. 40-41).

Os problemas relacionados a infraestrutura seguiam desde salas com paredes rachadas, carteiras quebradas, goteiras nos telhados. Algumas escolas foram retratadas na imprensa local realizando atividades escolares embaixo de árvores e isso não se tratava de um novo projeto político pedagógico ou uma nova estratégia pedagógica de ministrar disciplina, mas era tão somente a falta de

estrutura da sala de aula para reber a turma. Ou a sala estava danificada com carteiras sem condições de uso ou não tinha ventilação adequada e em alguns períodos do ano as salas ficam muito quentes e abafadas em virtude do clima amazônico. Aliavam-se outros problemas como os banheiros que não funcionavam de maneira adequada e a quantidade de banheiros femininos e masculinos não era compatível com a quantidade de alunos por turno de ensino.

Os espaços pedagógico estavam sendo sub utilizados. Não havia professores ou monitores lotados para todos os horários de funcionamento da escola. Os laboratório encontravam-se sucateados, especialmente os de informática que acumulavam equipamentos com defeito ou absolutamente obsoletos. As estratégias pedagógicas que exigiam a utilização de laboratórios, na sua maioria encontravam-se inviabilizadas.

Havia registros de ocorrências policiais de pequenos furtos ocorridos nas escolas durante as aulas, nas escolas da periferia da cidades havia inclusive denúncias de estupro de estudante. Porém, o que mais era reclamado pelos estudantes eram os furtos, na sua maioria noturnos onde eram subtraídos os equipamentos da escola (bebedouros, ar condicionado, televisão, panelas, circuito interno de vigilância etc).

A alimentação escolar era o elemento de maior discussão entre os estudantes uma vez que era claro aos reivindicantes, que a escola tinha que distribuir diariamente a alimentação para os alunos, porém não sabiam como esta política pública deveria se desenvolver e traziam ainda para discussão a mudança dos produtos vendidos nas cantinas privadas que se instalaram ao logo dos anos nas escolas públicas.

O movimento que tomou as ruas do centro da cidade de Santarém/PA, tinha como lideranças alunos que faziam parte do Pacto Estudantil pela Educação. Pode-se analisar essas proposições a partir de uma socilogia das emergências que consiste em substituir o vazio do futuro segundo o tempo linear por um futuro de possibilidades plurais, concretas, simultaneamente utópicas e realistas, que vão se construindo no presente mediante atividades de cuidado (GOMES, 2017, P. 41).

Eram alunos do ensino médio e propuseram a finalização da manifestação em frente ao Ministério Público do Estado do Pará e só deixaram as ruas quando foram recebidos pela Promotora de Justiça da Educação. A partir daquele dia, passaram a discutir aquelas demandas com o poder público através

do Ministério Público, que acolheu a demanda apresentada e instaurou procedimento administrativo com o fim de acompanhar a efetivação da política pública de educação pleiteada pelos estudantes. Testavam ali capacidades e possibilidades[3] nos diálogos com o poder público.

Figura 2:



2016

Imagem do acervo pessoal dos pesquisadores

Várias inspeções foram realizadas nas escolas, após o movimento das ruas. Nestas inspeções uma primeira irregularidade encontrada foi que as cantinas privadas e instaladas nas escolas, ocupavam irregularmente estes espaços, sem que tivesse havido qualquer procedimento licitatório para que o empreendimento econômico de terceiro interessado que não era a pessoa jurídica estatal, fosse autorizada a desenvolver atividade econômica no interior de estabelecimento público. A maioria delas usava inclusive a energia elétrica distribuída nas escolas e paga pelo Estado do Pará.

3 O conceito que presidde essa sociologia é o ainda não, proposto por (Ernest) Bloch (1995). Objetivamente o ainda não é, por um lado, capacidade (potência), e, por outro, possibilidade. A possibilidade é o movimento do mundo. Sendo assim, a sociologia das emergências é a investigação das alternativas que cabem no horizonte das possibilidades concretas. Ela amplia o presente, juntando ao real amplo as possibilidades e as expectativas futuras que ele comporta. Nesse caso, a ampliação do presente implica a contração do futuro na medida que o ainda não, lomge de ser um futuro na medida em que o ainda não, longe de ser um futuro vazio e infinito, é um futuro concreto, sempre incerto e sempre em perigo. (GOMES, 2017, P. 41)

Boa parte das cantinas inspecionadas, foram imediatamente fechadas.

Além das irregularidades de caráter formal para a paermanência das cantinas nas escolas, havia uma grande discussão quanto a qualidade dos alimentos vendidos, pois na sua maioria eram alimentos processados rico em sódio, açucares e gordura trans, de qualidade nutricional questionável. Não ofereciam frutas ou sucos naturais, produtos da região e não havia uma análise e avaliação nutricional. A comida deve ser culturalmente aceita para ser ingerida (Jaramillo 2012).

A grande questão inicialmente discutida era: se há alimentação escolar fornecedida pela própria escola, qual a necessidade de haver cantina para venda de lanches na escola? E na oitiva dos alunos o que se tinha de resposta era a reclamação constante da falta de qualidade dos alimentos oferecidos na merenda escolar ou mesmo a sua falta durante vários dias da semana. Incomodava aos alunos que muitos deles não tinham qualquer possibilidade de adquirir alimentos na cantina privada e ficavam com fome durante todo o dia na escola.

A merenda escolar não podia ser pensada como assessório na execução da política pública de educação, é necessário avaliar o caráter fundamental do alimento, não apenas em termos nutricionais, mas também na organização, na percepção e na estrutura da vida social dos grupos. Nesse contexto, as práticas alimentares seriam o resultado das crenças e dos tabus, das preferências e das repulsas, dos rituais, do simbolismo, das classificações, entre outros aspectos submersos em sistemas de significados, capazes de influenciar as decisões sobre o que, quando, onde e com quem comer, regulando o comportamento e a ingestão alimentar (CORREA, CARDOSO e SILVA, 2020, p. 148-149 apud Geertz 1978; Certeau 2009).

Naquele ano de 2015 a alimentação escolar nas escolas estaduais estava bastante precarizada, com problemas no período de entrega dos produtos destinados a cada escola. As entregas dos produtos eram fracionadas e ainda assim não atendiam a demanda da escola. Alguns dos produtos que eram indicados no cardápio nutricional nunca chegavam nas escolas. Alguns produtos lácteos após sua manipulação para distribuição entre os alunos eram alvo de muitas reclamações entre os alunos, tendo em vista ter um sabor que não agradava o paladar.

Repetidas vezes era servida a bebida láctea com biscoitos. Por vezes se consumiam os mesmos produtos por uma semana inteira, sem que houvesse

qualquer alteração. Essa era a realidade vivenciada nas escolas estaduais da área urbana do município de Santarém, sem deixar de se registrar que muitos alunos da periferia tinham naquela merenda a sua única refeição do dia ou a possibilidade de complementação do pouco de alimento que conseguiu comer em casa.

Havia na estrutura organizacional da Secretaria Municipal de Educação, equipe de nutricionistas que elaboravam o cardápio nutricional mentação escolar, porém os produtos adquiridos para compor a alimentação a ser ofertada nas escolas era na sua maioria enlatados, produtos processados, embutidos e de baixa qualidade. Os produtos da agricultura familiar não atendiam o percentual legal de no mínimo 30% e os produtos, na sua maioria chegavam com sua durabilidade comprometida, muitas vezes alguns produtos não podiam ser aproveitados como bananas que chegavam nas escolas muito maduras, quase estragando; as folhagens murchas ou tomates verdes.

Não raro chegar somente melancias ou somente macaxeira, indicando uma falta de organização na compra e ordenação de distribuição dos produtos agrícolas.

Os alunos que participaram daquela passeata que percorreu diversas ruas da cidade, traziam em seus cartazes e em suas falas cada um destes fatos e questionavam a todo instantes os poderes públicos e a sociedade em geral: como se tem educação nestas condições?

3. Égua da merenda, João!

> Comida é cultura quando produzida, porque o homem não utiliza apenaso que encontra na natureza (como fazem todas as espécies de animais), mas ambiciona também criar a própria comida, sobrepondo a atividade de produção à de predação. Comida é cultura quando preparada, porque, uma vez adquiridos os produtos base da sua alimentação, o homem os transforma mediante o uso do fogo e de uma elaborada tecnologia que se exprime nas práticas da cozinha. Comida é cultura quando consumida, porque o homem, embora possa comer de tudo, ou talvez justamente por isso, na verdade, não coma qualquer coisa, mas escolha a própria comida, com critérios ligados tanto às dimensões econômicas e nutricionais do gesto quanto aos valores simbólicos de que a própria comida consumida se reveste (Montanari,2013, p.16).

O moviemnto estudantiu apresentou como proposta de reformulação da alimentação escolar um aplicativo do Observatório das Cidades, desenvolvido pela Universidade de Massachussets, que acompanhava diariamente a alimentação escolar.

Doze escolas fora escolhidas entre os alunos para que fosse feito durante um mês o monitoramento dia-a-dia da merenda escolar. Os alunos, com celulares nas mãos chegavam na cozinha da escola, pediam licença para as cozinheiras e começavam a fazer fotos, faziam perguntas que constavam no pequeño questionário disponibilizado no aplicativo, verificavam a área de armazenamento dos produtos alimentícios, verificavam prazos de validade e iam alimentando a cada dia de informações o aplicativo.

Nota-se nesse movimento uma inovação social, que para além da tecnologia enquanto máquina, instrumento e equipamento material, está a tecnologia social como conjunto de processos, métodos e relações interativas com grupos sociais excluídos. Superando e englobando a inovação tecnológicaestá a inovação de processos sociais conjugados a ações de aplicação de tecnologias convencionais que, de modo sinérgico possam atuar para o desenvolvimento sustentável da sociedade (GUTIERREZ, 2015, P. 76).

Estava sendo despertada a atenção dos gestores das escolas e ainda da própria SEMED. Por provocação do Ministério Público do Estado do Pará reuniões passaram a ser realizadas exatamente para tratar sobre o processo de alimentação escolar. Os estudantes, aos poucos foram compreendendo que para a merenda chegar até sua escola, havia um longo caminho a ser percorrido.

O processo incicava com a indicação de produtos para compor o cardápio da alimentação escolar e esse trabalho deveria ser realizado por nutricionistas. Havia uma mesclagem de produtos que constituiam os ingredientes dos pratos a serem oferecidos no dia-a-dia das escolas. A lista de produtos era bastante extensa e esta lista subsidiava o processo de compras.

Para o procedimento licitatório havia uma etapa que se configurava na apresentação de amostras dos procutos que seriam licitados e nesta etapa do procedimento os estudantes deveriam participar, para serem avaliadores sensoriais dos produtos a serem adquiridos, porém, até então os alunos nunca haviam participado em nenhum certame.

Têm-se início a um novo debate que é a escolha e a inserção de alunos na etapa do processo licitatório de aquisição dos itens indicados a compor o

cardápio da merenda escolar. Porém, antes disso, os alunos solicitaram que fosse feita uma degustação da alimentação que constava nos cardápios que estavam nas escolas. Os alunos desejavam discutir a qualidade do que estava sendo proposto para alimentá-los. Os nutricionistas da SEMED, em conjunto com as merendeiras produziriam o cardápio do mês e os representantes das doze escolas que estavam sendo monitoradas com o aplicativo foram até o local designado para degustação.

A medida que se avançava no processo se verificava as reflexões de GUTIERREZ (2017, p.77) quando indica que as tecnologias sociais aparecem como proposta para atender setores negligenciados da população, em áreas estratégicas como: segurança alimentar e nutricional, energia, habitação, saúde, saneamento, meio ambiente, agricultura familiar, geração de emprego e renda, conforme preconizam as políticas públicas de Ciência, Tecnologia e Inovação.

Foi surpreendente para os alunos ver que o que ali se apresentava para ser degustado não era nem de longe o que era servido nas escolas, com exceção da bebida láctea e do biscoito. Nesta senda se pode discutir que aquilo que foi servido para degustação dos estudantes era exatamente o que estava prescrito no cardápio que naquele mês havia sido distribuído nas escolas. Alguns questionamentos começaram a surgir para se entender qual a razão da grande diferença ali encontrada.

A perspecitiva dialógica criada para aquele momento transparecia a educação como prática da liberdade, pois permite que os alunos assumam a responsabilidade por suas escolhas (HOOKS, 2017, p.33).

No fim dos trinta dias de utilização do aplicativo e verificando que em algumas escolas ocorreram dias que nem merenda foi oferecida aos alunos e que apesar de todo debate que já vinha sendo travado não se observava mudanças, os estudantes decidiram que no dia do aniversário da cidade de Santarém, no dia 22 de junho, iriam fazer um grande movimento na orla da cidade com a finalidade de dar visibilidade ao monitoramento da merenda feito nas doze escolas.

Além dos relatórios produzidos pelo aplicativo os alunos fizeram cartazes e faixas com as fotografias do que era servido na merenda e fizeram uma grande exposição na frente da cidade. Compuseram paródias, músicas, poesias e teatro para retratar a realidade da alimentação de suas escolas e deram para este ato o nome: Égua da mereda, João!

Figura 3



2021

Imagem do acervo pessoal dos pesquisadores

Os alunos voltaram para as ruas e fizeram empatia com as pessoas que estavam no local, convidando-os para conhecer a merenda que era servida nas escolas. Perguntavam aos que passavam: "você tem filho na escola pública? Venha ver o que seu filho está comendo na merenda escolar!"

Figura 4



Imagem do acervo pessoal dos pesquisadores

2022

A atividade na rua trouxe para as atividades de gestão da alimentação escolar a reflexão de que havia necessidades urgentes de mudanças. Não só em virtude da reclamação que os alunos tornavam pública a comunidade do município de Santarém, mas houve um aprofundamento da questão alimentar no ambiente escolar tendo em vista que a segurança alimentar está relacionada com o bem-estar e qualidade de vida da população, visto que, seus princípios têm a função de garantir as condições básicas de alimentação adequada da comunidade de maneira duradoura e suficiente, que não prejudique outras necessidades essenciais (AZEREDO e OUTROS, p. 106)

4. Agricultura familiar e produtos orgânicos na alimentação das escolas de Santarém/PA

A grande dificuldade a ser enfrentada era a organização da demanda de produtos da agricultura familiar, tendo em vista que não havia qualquer organização quanto a sazonalidade dos produtos que eram produzidos na região e ainda aissim havia problemas graves com relação a perecibilidades de vários dos produtos que já faziam parte do cardápio nutricional das escolas.

A organização da demanda sazonal de produtos da agricultura familiar se deu com a interferência do Ministério Público do Estado do Pará, que trouxe para os debates diversas instituições que até então não dialogavam com a Secretaria Municipal de Educação do município de Santarém.

AZERÊDO (2021), citando Barbosa (2012), indica que em pesquisa realizada nos municípios do Território da Cidadania do Baixo Amazonas Paraense40, que compreende 13 municípios (os quais são: Alenquer, Almeirim, Belterra, Curuá, Faro, Juruti, Mojuí dos Campos, Monte Alegre, Óbidos, Oriximiná, Prainha, Santarém e Terra Santa) aponta:

> Que a agricultura familiar aparece como o elemento preponderante na definição da identidade do território seguido do meio ambiente. Em uma escala que vai de 0 a 01, a agricultura aparece com o indicador de 0,826 e o meio ambiente com 0,802. Para o autor a conjunção dessas duas variáveis (agricultura familiar e meio ambiente), como já demonstrado diz respeito ao fato de a agricultura familiar (entendida como a produção nas roças, coleta de frutos da floresta, extrativismo e a pesca) estar diretamente associada à sobrevivência material e cultural, seja porque tais atividades fazem parte da base nutricional daqueles povos ou pelo fato de que uma parte da produção se destina ao mercado.(AZEREDO E OUTROS, , p. 103)

Foram re-organizados os diálogos com as cooperativas de produção da agricultura familiar da região e os procedimentos do chamamento público. Identificou-se que não havia uma produção qualificada a partir da necessidade dos produtos da alimentação escolar. Muitos agricultores produziam em excesso, produtos que nem sempre conseguiam ser absorvidos no chamamento público.

A partir da organização do calendário sazonal de produção e avaliando a realidade dos agricultores das regiões de várzea e do planalto, possibilitou-se

calcular de modo mais eficiente como esta produção poderia ter um melhor aproveitamento ´para o PNAE.

No correr das discussões, outras instituições públicas que adquirem produtos alimentícios como hospitais, as forças armadas, os serviços públicos de assistência social, passaram a compor uma mesa paralela de tratativas para que os produtos da agricultura familiar da região de Santarém/PA, também viesse a fazer parte do cardápio nutricional destas instituições.

Figura 5



Imagem do acervo dos pesquisadores

Os produtos orgânicos foram agregados no processo de mudança da base nutricional dos cardápios desenvolvidos para as esolas estaduais e municipais de Santarém/PA. Foram incluídos ainda peixes como pirarucu e o suco de açai.

O SEBRAE em Santarém, realizou oficinas e treinamentos para os agricultores familiares com o fim de otimizar a cadeia produtiva.

Experiências do PNAE no Baixo Amazonas

A experiência vivida em Santarém, foi também enfrentada em um município vizinho, na Calha Norte do Rio Amazonas: Oriximiná, que é o município com o maior número de Comunidades quilombolas em seu território.

Estima-se que 18 mil pessoas residem em 35 comunidades divididas em oito territórios quilombolas situadas as margens do Rio Trombetas, Erepecuru, Acapu e Cuminã.

A educação quilombola está subordinada a uma coordenação e 4 urges , essa divisão administrativa foi necessária por causa da enorme extensão territorial, como exemplo da Escola Municipal de Ensino Fundamental Quilombola Constantino Deodoro na Comunidade de Cachoeira Porteira que fica longe da cidade num tempo aproximadamente de 12h de viagem de barco.

Diante disto o desafio de compatibilizar o que é proposto no PNAE nas comunidades quilombolas para atender a qualidade, quantidade e regularidade da merenda; atendendo as peculiaridades destas comunidades, da cultura alimentar e sua inserção no cardápio e currículo escolar.

As dificuldades enfrentadas pelos agricultores no município de Santarém são quase que as mesmas enfrentadas em Oriximiná. A organização da produção e da assitência técnica a estes produtores é a base da ineficiência do oferecimento de produtos em quantidade e qualidade adequadas.

A identificação de fornecedores de merenda escolar para a zona ribeirinha, que atendesse aos indígenas e quilombolas, superou as expectativas do escritório local da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Pará (Emater), que em parceria com a Prefeitura de Oriximiná, selecionou 80 agricultores familiares, entre indígenas da etnia wai-wai e quilombolas de Oriximiná,todos com declarações de aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – dap (Pronaf).

No ano de 2019, 50 famílias (33 ribeirinhos/colonos, 14 quilombolas e três indígenas) já participaram vendendo 13 produtos regionais para merenda sendo macaxeira, hortaliças, batata-doce, jerimum.

Desde de 2017, os produtos do agro extrativismo das comunidades quilombolas começaram a fazer parte da alimentação escolar dos alunos das escolas da rede municipal de Oriximiná. O cardápio, até então, baseado em produtos industrializados, distantes da cozinha regional e dos hábitos culturais dos quilombolas, ganhará jerimum, macaxeira, banana e farinha de mandioca, entre outros alimentos, cultivados nas roças locais.

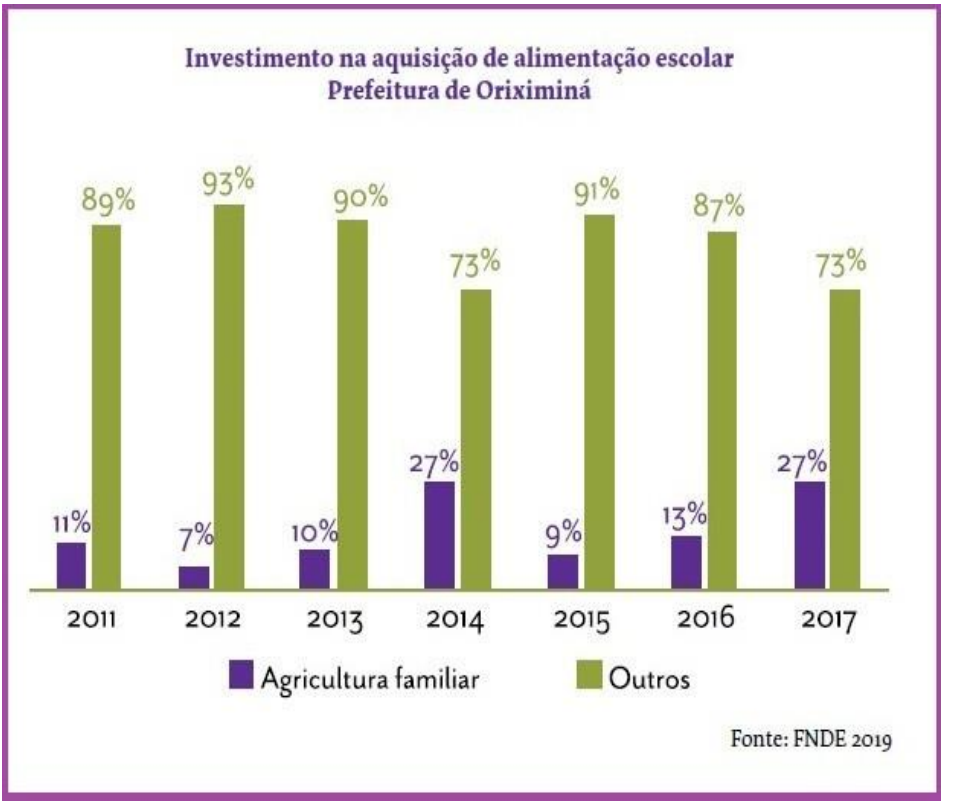
Nesta oportunidade quem estimulou a aproximação foi a IMAFLORA uma ONG que atua junto as unidades de conservação, a ARQMO - Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombo do Município de Oriximiná, participou de uma chamada pública da prefeitura municipal, que resultou no primeiro contrato entre os comunitários e a Prefeitura do município, para fornecimento da merenda para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

Além do ganho nutricional na alimentação dos estudantes e do resgate dos hábitos culinários tradicionais, a inserção das comunidades no Programa para a geração de renda das famílias, a partir de atividades que dialogam para com a floresta em pé e com o modo de vida tradicional quilombola.

> O fortalecimento dos agricultores familiares e dos povos da floresta, que guardam as entradas dos 22 milhões de hectares de mata tropical é, no entender do IMAFLORA, um dos pilares mais importantes na luta contra o desmatamento. Dessa perspectiva, quatro unidades de beneficiamento de alimentos estão sendo construídas em Oriximiná, com o objetivo de agregar valor aos produtos e consolidar a participação dos quilombolas no mercado institucional com atividades que aliam práticas agrícolas e florestais responsáveis, geração de renda e conservação dos recursos naturais.[4]

Dados do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) indicam que, até 2017, a Prefeitura de Oriximiná ainda não havia atingido o mínimo de 30% de compras de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar, conforme previsto na Lei nº 11.947/2009.

4 Fonte: IMAFLORA - https://amazonia.org.br/2016/10/comunidades-quilombolas-de-oriximina-iniciam-a-venda-de-produtos-locais-para-a-alimentacao-escolar-na-calha-norte, acessado em 01.02.2021.



No relatório "Vai faltar merenda, vai faltar educação", Avaliação da alimentação escolar nos Quilombos em Oriximiná realizada pela Comissão Pró-Índio de São Paulo, os principais problemas apontados na alimentação nas escolas quilombolas eram:

- A quantidade de alimentos fornecidos pela Prefeitura foi apontada insuficiente tendo como consequências:

1) Racionamento da merenda servida aos alunos,

2) Inobservância do cardápio escolar planejado por nutricionista habilitado.

3) Redução de carga horária das aulas.

- A qualidade da alimentação escolar foi avaliada como baixa tendo em vista:

1) A pouca diversidade dos alimentos fornecidos às escolas.

2) Predominância de produtos industrializados.

3) Falta de adequação aos hábitos alimentares regionais.

Quadro 2 - URGE Quilombolas e escolas integrantes

Escolas Urges	Lei de Criação	Decreto	Região	Escolas Integrantes	Localidade
Escola Municipal de Ensino Fundamental "Nossa senhora do Perpetuo Socorro"- **2° Unidade Regional de Gestão Escolar- Comunidade Lago do Moura**	8.423/06/2014	085/2014	Alto Rio Trombetas	Boa Vista,	Porto Trombetas
				Nova esperança	Erepecu
				Santa Maria	Erepecu
				Santo Antônio	Jamari
Escola Municipal de Ensino Fundamental " Baldoino Melo"- **3° Unidade Regional de Gestão Escolar - Comunidade da Serrinha**	8.424/06/2014	086/2014	Alto Rio Trombetas	N.S. da Piedade	Arancuã
				N.S de Fátima	Bacabal
				N.S das Graças	Agua Fria
				São João	Varre Vento
Escola Municipal de Ensino Fundamental "Raimundo Vieira dos Santos"- **11° Unidade Regional de Gestão Escolar Comunidade Tapagem**	8.432/06/2014	094/2014	Alto Rio Trombetas	Constantina Deodoro	Cachoeira Porteira
				Tancredo Neves	Abuí Grande
Escola Municipal de Ensino Fundamental "São Francisco Canidé"- **12° Regional de Ensino- Comunidade**	8.428/06/2014	095/2014	Médio Rio Erepecu	Bom Jesus	Varre Vento
				Nova Aliança	Acapu II
				São Francisco	Poço Fundo
				São Tomé	Tarumã

Fonte: Projeto de Criação das Unidades Regionais de Gestão Escolar, 2009.

2028

Considerações finais

A movimentação dos estudantes de ensino médio em Santarém exerceu o grande papel de controle social da política pública da alimentação escolar. Iniciou-se o processo de re-organizado do processo produtivo para o PNAE até que se pudesse oferecer produtos orgânicos da agricultura familiar para as escolas do município.

Esse é um avanço considerável ao mesmo tempo que em outros cenários da alimentação escolar também tiveram mudanças, especialmente, na qualificação da manipulação e fabrico dos cardápios mensais.

Os estudantes passaram a compreender melhor a cadeia da alimentação escolar e a intervir de modo mais assertivo para que houvesse qualidade e segurança na alimentação oferecidas nas escolas da cidade e do campo.

Os problemas da produção da agricultura familiar que são compartilhado em toda a região do Baixo Amazonas do Estado do Pará se assemelham. Nesta região se encontram os município de Santarém e Oriximiná, tendo como principal dificuldade a falta de assistência técnica e conhecimento básico por parte da prefeitura municipal sobre o Programa, uma vez que o município contrata pessoas que não sabem lidar com o processo legal e técnico o que acaba limitando o seu acesso (AZERÊDO E OUTROS, 2021, p.112).

A Lei n° 11.947/2009 não é suficiente para fazer cumprir que no mínimo 30% dos produtos que compõe o cardápio da alimentação escolar seja proveniente da agricultura familiar, com sua aquisição conforme prescrição legal. É necessário movimentar toda a acadeia produtiva, a sua organização e conhecimento de como se pode implementar uma política pública,

REFERÊNCIAS

AZERÊDO, Raoni Fernandes e OUTROS. ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO QUILOMBO PACOVAL: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS E POTENCIALIDADES DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). Obra: Povos originários e comunidades tradicionais: trabalhos de pesquisa e extensão universitária – Vol. 6; 2021, p. 100-115.

CORREA, Nadia Alinne Fernandes. CARDOSO, Luis Fernando Cardoso e. SILVA, Hilton P. **Comida de quilombo na merenda escolar: interfaces entre a cultura alimentar e o programa nacional de alimentação escolar**. Revista de Antropologia: 2020, Vol 12, p. 145 – 163.

GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, 149 p.

JARAMILLO, Y. M. **Alimentación y cultura em el Amazonas**. Bogotá: 2012. Ministério da Cultura.

GUTIERREZ, Denise Machado Duran. **Tecnologia social e seus desafios teorico-práticos: uma experiência amazônica**. Revista Terceira Margem Amazônica/ Outras Expressões, São Paulo: 2015, 244.

HOOKS, Bell. **Ensinando a transgredir: A educação como prática da liberdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipola, 2 ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017, 283 p.

GT 15

Información, libertad de expresión y "fake news": los desafíos de la comunicación en América Latina y en la Unión Europea

COORDINACIÓN:
Javier Bernabé Fraguas (UCM), Eder Fernandes Monica (UFF) y Miguel Ángel Benedicto Sonsola (UCM)

DESCRIPCIÓN: En las dos regiones que nos ocupan en este Congreso hay diversos elementos que generan inquietud en el ámbito de la comunicación, produciendo desafíos que deben ser debatidos. El primero es la disminución de la calidad de la información que inunda a los medios, los motivos de la misma, el perjuicio que esto infiere a las ciudadanías y a las democracias, y las opciones de solución que se están ofreciendo ante este problema. El segundo se conforma con las violaciones a la libertad de expresión que se están produciendo, tanto desde algunos espacios públicos como privados, y las vulneraciones al derecho a la información que tiene la ciudadanía. El tercero se genera a partir de la difusión de mentiras, noticias falsas, o "fake news", tanto desde los medios de comunicación como desde las redes sociales, que han tenido un peso importante en nuestros sistemas democráticos, en algunos procesos electorales y en general en la percepción que la población de nuestras regiones tiene de la realidad. El objetivo principal de este grupo de trabajo es debatir estas cuestiones, conocer investigaciones y propuestas que se están poniendo en marcha al respecto y compartir sus conclusiones para lograr un mayor conocimiento conjunto sobre la materia.

A DOMESTICAÇÃO POLÍTICA ATRAVÉS DA COMUNICAÇÃO ESTRATÉGICA

Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen
Graduando em Comunicação Social
Universidade do Minho/Portugal
gabrielfchansen@hotmail.com

Gilvan Luiz Hansen
Doutor em Filosofia
Universidade Federal Fluminense
gilvanluizhansen@id.uff.br

Resumo: A utilização dos meios de comunicação para o domínio político sobre os povos é experiência recorrente ao longo da história humana. Todavia, o domínio político adquire força e vitalidade à medida que as estratégias de comunicação consigam gerar a domesticação das consciências, pelo convencimento de que aquele modelo político vigente ou proposto, de que aquele governante ou candidato ao poder, são a expressão melhor do que se pode ter num dado momento da existência de uma coletividade. Esse fenômeno da domesticação política, tão desejado por muitos governantes no decorrer do tempo, é mais difícil de se realizar empiricamente, pois embora exista a adesão incondicionada de poucos, paira sempre o inconformismo de outros e a desconfiança no comportamento da maioria. Contemporaneamente, porém, as tecnologias ligadas à comunicação se sofisticaram a tal ponto que viabilizaram uma atuação mais invasiva sobre as crenças, valores e concepções cognitivas dos indivíduos nas sociedades, tornando a domesticação política objetivo recorrente nos grupos políticos e econômicos que almejam a obtenção do poder e o controle social mais duradouro e sem contestação, isso em termos planetários. O presente trabalho tem por finalidade analisar o fenômeno da domesticação política, indicando possíveis fundamentos que tornam esse processo mais recorrente contemporaneamente. Ademais, apontar a conexão das tecnologias ligadas à comunicação e sua utilização estratégica no intuito de promover a domesticação política. Para efetivar esses propósitos e caracterizar o fenômeno da domesticação política contemporânea, partir-se-á da abordagem do processo político que tornou possível, nos Estados Unidos da América, a conquista do poder por Donald Trump, em 2016; igualmente a saída da Grã-Bretanha da União Europeia, no movimento conhecido como *Brexit*. As bases metodológicas e teóricas deste trabalho se ancoram na teoria crítica da sociedade, nos moldes propostos pela Escola de Frankfurt, e em especial na versão discursiva da teoria crítica, de inspiração habermasiana.

Palavras-chave: domesticação; política; comunicação; estratégia; fundamentos.

Abstract: The use of the media for political domination over peoples is a recurring experience throughout human history. However, the political domination acquires strength and vitality as the communication strategies manage to generate the domestication of consciences, through the conviction that such current or proposed political model, that such ruler or candidate for power, are the best expression of what we can have at a given moment in the existence of a collectivity. This phenomenon of political domestication, so desired by many governments over time, is more difficult to achieve empirically because, although there is the unconditional adherence of a few, there is always the nonconformism of others and distrust in the behavior of the majority. Currently, however, the technologies related to communication have become so sophisticated that they have made possible a more invasive action on the beliefs, values and cognitive conceptions of individuals in societies, making political domestication a recurring objective in political and economic groups that aim to obtain power and more lasting and unchallenged social control, this in planetary terms. The present work aims to analyze the phenomenon of political domestication, indicating possible foundations that make this process more recurrent nowadays. In addition, to point out the connection of technologies linked to communication and their strategic use in order to promote political domestication. To effect these purposes and characterize the phenomenon of contemporary political domestication, we will start from the approach of the political process that made it possible in the United States of America for Donald Trump to conquer power in 2016; also Britain's exit from the European Union, in the movement known as Brexit. The methodological and theoretical bases of this work are anchored in the critical theory of society, along the lines proposed by the Frankfurt School, and in particular in the discursive version of the critical theory, of Habermasian inspiration.

Key-words: domestication; politics; communication; strategy; fundamentals.

INTRODUÇÃO

As narrativas históricas dão conta de dois fenômenos que surgem praticamente ao mesmo tempo, desde os tempos mais remotos das organizações humanas em sociedade: o primeiro deles é a constituição do espaço da política enquanto instância institucionalizada de decisão sobre a vida coletiva; o segundo é a mobilização dos governantes e dos grupos de interesse na sociedade no sentido de se impor, obtendo e conservando o poder e o mando sobre os demais.

Em ambos os fenômenos, guardadas as proporções e os recursos técnicos existentes a cada época, faz-se sentir a utilização de meios de comunicação para a manipulação, o convencimento ou a busca de adesão da população aos propósitos

dos que pretendem a dominação política, a partir da qual se torna viável a dominação em outras esferas (econômica, jurídica, educacional etc.).

A dominação política se torna eficiente e eficaz, porém, quando as pessoas dominadas não apenas se submetem ao dominador, como também introjetam, em seus "corações e mentes", a convicção de que tal dominador e a dominação que impinge são o melhor para os dominados. Neste caso, a dominação atinge o nível da domesticação das consciências, envolvendo elementos linguísticos e psicológicos complexos, para os quais os meios de comunicação são decisivos e imprescindíveis, se pensamos tais elementos numa dimensão populacional ampla.

A reflexão ora proposta pretende abordar o fenômeno da domesticação política, focando especialmente no período compreendido pelo terceiro milênio. Para efetivar esse propósito, necessitaremos caracterizar inicialmente o que significa a domesticação política, lançando mão de elementos históricos e fazendo menção a argumentos filosóficos construídos sobre o tema, especialmente na modernidade. Isso porque tal cenário moderno se tornou condição de possibilidade para a atual configuração, em termos planetários, de grupos de interesse de dominação que se voltam para a domesticação política. Na sequência, procuraremos expor e analisar as estratégias de utilização dos meios de comunicação na domesticação política a partir das eleições de Donald Trump, nos Estados Unidos da América, e da votação que resultou no Brexit, na Europa. Finalmente, avaliar o impacto desse fenômeno da domesticação política sobre os veículos de comunicação em termos globais, a partir do Relatório Anual de 2020 do *Reuters Institute*, intitulado *Digital News Report 2020 (DNR2020)*. Os dados aí contidos nos são muitos interessantes para balizar o impacto das *Fake News* e da estruturação de uma efetiva indústria da domesticação de consciências em termos mundiais. A finalidade última desta abordagem é vislumbrar possíveis caminhos e mecanismos de ultrapassagem da domesticação política, com vistas à ampliação e ao fortalecimento da democracia, da liberdade, da igualdade e da justiça social em termos globais.

1. POLÍTICA E DOMINAÇÃO

Desde a Antiguidade, à medida que as coletividades humanas cresciam em número de participantes (tribos, bandos, grupos), estabeleceram mecanismos viabilizadores de interação capazes de permitir a coesão do grupo em torno de finalidades comuns. O objetivo primordial destas interações era garantir a

sobrevivência ante as agruras da natureza e os embates com outros grupos humanos.

A complexificação destas coletividades chega a um tal ponto que acabam estabelecendo lugares, regras e procedimentos para decidir sobre a vida em comunidade: a esfera política se constituiu desta maneira.

León Robin (1970), ao comentar o processo de formação das pólis gregas, chama a atenção para o fato de que estas surgem como resultado da complexificação das relações ocasionada pelo crescimento das famílias (*genos*), nas quais o patriarca ou matriarca geriam internamente a justiça, mas cujos conflitos com outras *genos* aumentava sem que houvesse uma instância de resolução deles. Assim, segundo Robin, as pólis e, em decorrência, a institucionalização do espaço político, surgem como necessidade de manutenção da interação social através da integração das famílias a partir da ideia e prática da justiça.

E a institucionalização da esfera política na Antiguidade ocorreu, guardadas as especificidades, em diferentes pontos e civilizações. Em face disso, a política se converteu em lugar a partir do qual as coletividades definiam os rumos das sociedades às quais pertenciam, seja no âmbito interno, seja na relação com outros povos. A institucionalização da política, que estabelecia as regras de deliberação e os mecanismos e instrumentos a partir dos quais essas decisões eram tomadas, definia também o contingente da população que tinha direito à participação.

Todavia, as disputas pelo poder e pelo controle nos diferentes povos levaram os interessados a incrementar os instrumentos de controle, convencimento e dominação social, utilizando-se para tanto de mecanismos de propaganda pessoal e governamental, tanto no intuito de evidenciar as próprias qualidades do governante quanto no sentido de depreciar as características dos oponentes que pleiteavam o governo e o poder. Aos poucos, tais governantes e seus antagonistas perceberam, porém, que a obtenção de um poder mais duradouro implicaria não apenas o controle pela subjugação dos corpos, mas exigiria também uma dominação que atingisse as mentes da população, para que esta se tornasse mais dócil, colaborativa e aderente ao *modus vivendi* proposto pelo governante.

Assim, instaura-se uma dimensão mais sofisticada da dominação política, que se volta para a domesticação política, e que passou a existir sistematicamente ao longo da história das civilizações. Essa forma de dominação utiliza de outras

esferas da vida para se efetivar (economia, direito, religião) e se consolida com base em ampla utilização de aparatos de marketing e de comunicação. Isso provoca dois fenômenos interconectados sobre a população dominada: a) sacralização, com ritualização; b) burocratização, com naturalização.

a) Sacralização

Aquilo que denominamos de sacralização se caracteriza pela transformação do governante e das suas ações políticas em gestos místicos, como se fossem expressão da divindade. Mediante processos de ritualização que se valem normalmente da religião, o campo da política vai se misturando com a religião e, pela repetição de rituais comuns em matizes sagrados, transformam os governantes em mitos e suas ações em emanações divinas. Em contrapartida, há uma demonização de toda e qualquer pessoa ou instituição que ouse questionar ou afrontar a divindade e suas "emanações". O maniqueísmo toda conta das relações sociais, que perdem o referencial de serem justas ou injustas e são substituídas pelo vetor bem-mal.

b) Burocratização

A sacralização das ações políticas do governante se efetiva pela ritualização de teor religioso, mas adquire secularidade mediante uma organicidade administrativa que se concretiza pelos procedimentos burocráticos. A repetição mecânica de rotinas, própria da burocratização, cria o terreno favorável para o estabelecimento de uma normalidade procedimental irrefletida e introjetada no imaginário das pessoas, de maneira tal que passa a ser natural agir de determinada maneira e não mais de outra, rechaçando-se qualquer iniciativa que ouse questionar o "natural" ou agir de forma diversa da "natureza".

Ainda que na história antiga e medieval possamos apontar eventos nos quais a domesticação política foi levada a efeito, é na modernidade que ela ganha uma expressão mais robusta e ampla, graças ao desenvolvimento da imprensa e das tecnologias da comunicação responsáveis pela propagação de ideias em larga escala. Se as notícias e as informações circulam rapidamente pela mídia, isso também passa a se verificar com as falsas notícias e as intrigas.

A reação de autores como Renée Descartes (1979) e Francis Bacon (1979), nos primórdios da modernidade, apontando para a necessidade de termos

explicações claras e distintas sobre os eventos no mundo, pautadas respectivamente na razão e na experiência, indica-nos a preocupação com a superação da superstição e das crendices como critérios de conhecimento. O lamento de teor autobiográfico de Jean-Jacques Rousseau (2008), com fundamento prático ou não, no qual este se apercebia como um perseguido e exilado político, alijado dos círculos de poder graças às intrigas disseminadas junto à opinião pública, à mídia e aos governantes pelos seus detratores, também é significativa desse fenômeno. Finalmente, as observações de Immanuel Kant (1985) ao falar da maneira com que boa parte da humanidade age como gado doméstico, manipulada pelos tutores, também nos aponta a preocupação filosófico-política contra a domesticação política.

Entretanto, é no século XX que o fenômeno da utilização da mídia em ampla escala para a domesticação política das populações adquire amplitude planetária, especialmente a partir do conjunto de eventos que tornou possível o desabrochar do nazismo (Adolf Hitler), do Fascismo (Benito Mussolini) e das ditaduras militares mundo afora. Os pensadores da Escola de Frankfurt (Walter Benjamin, Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Erich Fromm) se dedicaram à discussão dos temas envolvendo o surgimento da denominada indústria cultural de massas e das novas formas de dominação.

Theodor Adorno e Max Horkheimer (1986) apontam para uma dialética da dominação que se instaura na modernidade, ao interpretar que a racionalidade moderna se apresentou como emancipatória, libertária e promotora do conhecimento, num combate à superstição, ao mito e às crendices, mas gerou o seu oposto. Segundo eles, a razão moderna, ancorada na ciência e movida hegemonicamente por um viés instrumental, converteu-se ele própria em novo mito.

Os pensadores frankfurtianos se dão conta da transformação da cultura e da informação em mercadorias, no âmbito do capitalismo moderno. Mas sinalizam para um fenômeno novo, na primeira metade do século XX, que é a indústria cultural de massas, caracterizada pela uniformização dos gostos, opiniões e escolhas, pela utilização estratégica dos meios de comunicação social para a produção da homogeneização dos comportamentos. Cria-se, com isso, uma domesticação das populações conduzida pelo ritmo da ciência e da técnica, com o fascínio que a tecnologia proporciona e que é evidenciada pela mídia.

Esse processo de surgimento e sedimentação da indústria cultural de massas, descrita pelos filósofos da Teoria Crítica da Sociedade ao longo do século XX, ganhou novos contornos no terceiro milênio.

Jürgen Habermas, enquanto representante da segunda geração da Escola de Frankfurt, foi o responsável por delinear os contornos do processo de domesticação política e as tentativas de resistência a ela nos séculos XX e XXI.

Habermas deixa explícita a importância que dará ao fenômeno da comunicação e da formação dos significados socialmente construídos desde o primeiro momento, quando em sua primeira obra faz uma análise sistemática da formação da esfera pública moderna. Já nesta obra (1984), Habermas discorre sobre o modo como a esfera pública moderna se estrutura, a partir de um processo de urbanização crescente e resultante das migrações advindas do colapso do sistema feudal e das atividades ligadas ao comércio. A compreensão habermasiana de que a esfera pública moderna é burguesa possui, por isso mesmo, uma dupla dimensão: é mercantil e é citadina. (HANSEN; HANSEN; LOPES FILHO, 2012)

Ao mesmo tempo, Habermas enfatiza a dinâmica de formação da opinião pública moderna, cuja influência das novas tecnologias é fundamental: do surgimento da prensa móvel e do aprimoramento das tecnologias que viabilizaram a imprensa até o surgimento do rádio, da televisão até a internet. Seguindo a linha argumentativa kantiana, a reflexão habermasiana se volta na direção de indicar a necessidade de efetivação de uma crítica permanente e sistemática às ideias veiculadas como sendo opinião pública, no sentido de que esta crítica possa depurar da manipulação e da dominação as informações e concepções geradas para domesticar a população.

Mas duas características contemporâneas emergem em outros textos de Habermas e nos parecem ser importantes para a compreensão do fenômeno da domesticação política: por um lado, o papel das crises nas relações sociais e políticas (1980); por outro lado, a intransparência das instituições e dos contextos políticos atuais (1987).

No que tange ao primeiro aspecto, Habermas nos alertará para uma especificidade do capitalismo tardio, expressão que utiliza para definir o capitalismo a partir do século XX, qual seja, o modo como este encara o papel das crises nas sociedades. Se até o final do século XIX as crises eram vistas como momentos de anomalias a serem afastados do cenário político e econômico das nações e das relações internacionais, esta percepção mudou ao longo do século

XX; as crises passaram a ser vistas como oportunidades de obtenção de resultados, já que nem todos perdem nas crises. Assim, as corporações e governos passaram a gerar crises para lucrar de algum modo com elas, desestabilizando instituições e nações, destruindo biografias, demonizando determinadas pessoas ou grupos e exaltando ou promovendo outros.

Quando trata da intransparência, o segundo aspecto aqui evidenciado, Habermas chama a atenção ao fato de os cenários contemporâneos terem se tornado gradativamente mais opacos, tanto no sentido de que não conseguimos distinguir o que se passa claramente em torno de nós como também no sentido de que não vislumbramos mais perspectivas utópicas no horizonte próximo ou distante, em face do esboroar dos projetos de sociedade de cunho liberal, socialista ou social-democrata.

Isso preparou o cenário mundial para o estabelecimento das relações internacionais como um grande jogo cujas peças são deslocadas num tabuleiro para cumprir interesses de megacorporações. Mas a grande maioria das pessoas e das instituições não possui a menor noção do que se passa no seu entorno, pois está tão imersa no contexto que não percebe o movimento das peças e os rumos que o jogo assume. Todavia, mesmo sem compreender o que ocorre, e até mesmo numa reação ao que não lhes dá segurança ou não entendem, as pessoas e instituições se movem com base em padrões introjetados mediante uso de ampla propaganda incutida através das redes sociais, dos outdoors e banners, dos sites de notícias e variedades, das redes de rádios, jornais e televisões.

Se até o momento procuramos traçar as características da domesticação política enquanto fenômeno, vamos agora sinalizar como este processo apresenta indícios e sintomas sob o prisma empírico. Para tanto, tomaremos em conta os cenários políticos recentes, notadamente os que levaram ao Brexit, na Grã-Bretanha, e à eleição de Donald Trump, em 2016, nos Estados Unidos da América.

2. A DOMESTICAÇÃO POLÍTICA E O USO DA MÍDIA

Em 2016, o Dicionário Oxford elegeu o termo "pós-verdade" como a palavra do ano. E o fez por entender que ela caracterizava um novo fenômeno que se tornou presente a partir da campanha do *Brexit* e das condutas de Donald Trump que o levaram a vencer as eleições presidenciais norte-americanas de 2016.

> Em setembro, o termo ganhou proeminência com uma matéria de capa da revista britânica *The Economist* intitulada "Arte das Mentiras: Política pós-

> verdade na era das mídias sociais". O artigo citava como exemplo de "política pós-verdade" a informação disseminada na campanha pelo Brexit de que a permanência da Grã-Bretanha na União Europa "custava 350 milhões de libras por semana aos cofres públicos" e que o dinheiro - após a eventual saída do bloco - seria destinado ao serviço público de saúde. Para a revista, o candidato (e depois presidente eleito dos EUA) Donald Trump seria "o expoente máximo da política pós-verdade", graças a afirmações como as de que o certificado de nascimento de Barack Obama seria falso, ou de que o pai de seu rival republicano Ted Cruz teria estado com Lee Harvey Oswald antes do assassinato de John Kennedy, replicando uma história não comprovada publicada por um tabloide americano. (BBC INTERNACIONAL, 2016)

A sucessão de eventos que culminou com o voto favorável da maioria da população da Grã-Bretanha no plebiscito para a saída desta da União Europeia foi uma articulada campanha calcada em mentiras e notícias falsas. Jon Danzig, jornalista de investigação e crítico do *Brexit*, defende a tese, a partir da exposição de casos práticos, de que a imprensa inglesa foi vítima e protagonista de fake news que contribuíram, ao longo de quase uma década, para forjar na opinião pública um medo tal de permanecer na União Europeia que levou a que uma maioria votasse a favor do Brexit no plebiscito realizado. Dentre as mentiras contadas para viabilizar o *Brexit*, Danzig menciona matérias falsas publicadas nas primeiras páginas de tablóides

> [...] sobre privilégios a migrantes que nunca existiram, sobre violência alegadamente perpetrada por refugiados contra cidadãos britânicos ou sobre a perda de privilégios que a sua entrada em fronteiras britânicas significaria para os ingleses de uma forma geral. [...] estas pessoas foram tratadas como se fossem sub-humanas, instrumentalizadas em nome de uma ideia: a de que a sua presença em território britânico era perigosa e que só havia uma maneira de acabar com o fenómeno: a saída da União Europeia. (ESTEVES, 2019)

Algumas das mentiras são tão estranhas que beiram o absurdo, mas ainda assim trouxeram efeito sobre o imaginário da população, especialmente entre os mais idosos. À título de exemplo, temos:

> a) Nota de 10 euros provoca impotência (publicada no The Sun, em 02/03/2002);
>
> b) Os cães da raça corgis, favoritos da rainha da Inglaterra, serão banidos da UE (publicada no Daily Mail, em 30/04/2002);
>
> c) UE acaba com varão dos quartéis de bombeiros (publicada no Daily Mail, em 16/06/2002);

d) UE prepara-se para banir as fotos do London Eye (publicada no Daily Mail, em 24/06/2015);

e) UE quer padronizar as dimensões dos preservativos (publicada no The Independent on Sunday, em 12/03/2000);

f) União Europeia quer acabar com exames britânicos (publicada no Sunday, em 23/01/2000);

g) UE planeja acabar com as bebedeiras (publicada no The Sun e no Daily Star, em 2005).

Isso gerou tamanha confusão e medo na população britânica que preparou o terreno fértil para o semear da compreensão de que seria mais seguro para os britânicos estarem sozinhos do que participar da União Européia. E para esta campanha contribuíram corporações profissionais no assunto de domesticação de consciências.

Em início de 2018, o mundo se viu diante de um escândalo que foi descoberto graças às investigações de jornalistas de conceituados periódicos mundiais. O *The New York Times* y *The Observer* denunciaram o vazamento de informações de mais de 50 milhões de clientes do Facebook nos EUA e o repasse destas à empresa Cambridge Analytica. A repercussão imediata das reportagens investigativas foi a perda, em um só dia, de 7% do valor do Facebook nas Bolsas de Valores, com uma depreciação econômica que chegou a quase 30 bilhões de dólares com relação ao valor da empresa. E os efeitos sobre a Cambridge Analytica foram mais avassaladores, culminando com o seu fechamento, já que o aprofundamento das investigações provou que a referida empresa usou as informações obtidas irregularmente para manipular as pessoas, interferindo tanto na votação da saída da Grã-Bretanha da União Europeia (o chamado *Brexit*) quanto nas eleições norte-americanas que levaram Donald Trump ao poder, em 2016.

A Cambridge Analytica era uma empresa com sede em Londres, que usava a análise de dados a fim de desenvolver campanhas para marcas e políticos que necessitavam mudar o comportamento e a percepção da população com relação a eles. Para isso, manipulava os dados que obteve ilegalmente, mapeando os gostos, preferências, simpatias ou antipatias dos usuários; podia, com isso, definir estratégias para sensibilizar essas pessoas favoravelmente com relação aos clientes que a contratavam ou, ao contrário, gerar ojeriza nestas com relação a outrem que rivalizasse com a pretensão dos contratantes. E tudo de forma muito sutil e

sofisticada, domesticando as consciências para interesses políticos e econômicos específicos.

Na esteira desta interferência política, vários foram os clientes atendidos em distintas oportunidades. A própria empresa usava como propaganda em seu site na web a vasta experiência, ao longo de mais de duas décadas, atuando em mais de cem campanhas políticas mundo afora, inclusive na América Latina (Argentina, Brasil, Colômbia, México), além de adotar um nome empresarial que sugere um vínculo com uma famosa universidade britânica, para confundir o público. Mas o que provocou maior impacto na mídia foi a atuação na votação do *Brexit* e na eleição de Donald Trump, em 2016.

No caso da eleição norte-americana, o responsável pela contratação da Cambridge Analytyca (CA) foi Stephen Bannon, ex-assessor de Donald Trump e o grande articulador dos movimentos de ultradireita mundo afora, especialmente nas Américas e na Europa. Bannon atuou, dentre outras iniciativas, como consultor especial da campanha de Jair Bolsonaro à presidência do Brasil, em 2018. E a CA, ao que tudo indica, atuou nas eleições presidenciais brasileiras sob a batuta de Bannon. (BRESCIANI, 2018)

> As 'fake news', comummente conhecidas por notícias falsificadas, desinformação ou informação propositadamente falsificada com fins políticos ou outros, ganharam importância nas presidenciais dos EUA que elegeram Donald Trump, no referendo sobre o 'Brexit' no Reino Unido e nas presidenciais no Brasil, ganhas pelo candidato da extrema-direita, Jair Bolsonaro. (LUSA, 2019)

Christopher Wylie, cientista que foi empregado da CA, numa entrevista à BBC afirmou que, com os dados obtidos a partir do Facebook, a CA "conseguiu saber qual devia ser o conteúdo, o tema e o tom de uma mensagem para mudar a forma de pensar dos votantes de forma quase individualizada", não apenas através de publicidade personalizada, mas também pelo "desenvolvimento de notícias falsas que logo replicou através de redes sociais, blogs e mídia".

Na opinião de Wylie, não é casualidade que as notícias falsas, em especial as divulgadas via Facebook, pautaram o debate durante as últimas eleições presidenciais dos EUA, por sua possível incidência na vitória de Trump. E o referido cientista vai mais longe, ao dizer que a campanha da CA nas eleições americanas não se limitou a mudar a política, mas a cambiar a cultura, abrindo espaços para que os extremistas de direita, os supremacistas brancos e outros

movimentos alimentados pelo ódio tivessem voz e articulação de discurso. E descreve como esse processo ocorre:

> "Imagina que estás navegando *online* y empiezas a ver un blog por aquí y un sitio de noticias por allá, que se ven creíbles, aunque nunca escuchaste hablar de él, y empiezas a ver por todos lados una cantidad de noticias que no ves en los grandes medios. […] "Entonces empiezas a cuestionarte por qué los grandes medios no están cubriendo estas noticias increíbles que estás viendo en todos lados". […] "Es ahí cuando logras establecer la desconfianza en las instituciones, como los medios, y por ende, consigues que la gente cambie sus decisiones". […] "si empiezas a deformar la percepción de los votantes sin su consentimiento o conocimiento, esa es una violación básica de su autonomía para tomar decisiones libres, porque están votando en función de cosas que creen que son reales pero no necesariamente lo son". (BBC MUNDO, 2018)

As ações deliberadas de corporações como a CA se tornam mais potencializadas com a utilização de tecnologia de vanguarda na incrementação de seus propósitos, dentre as quais estão os "robots", ou simplesmente "bots". Eles são programados para simular o comportamento humano, daí a dificuldade de serem detectados pelos filtros de controle dos sites. Ademais, são usados para bombardear os usuários de redes sociais com notícias, falsas ou não, e fornecerem a estes um conjunto de opiniões, de argumentos e contra-argumentos para sedimentar raciocínios prontos e conclusões formatadas em forma de verdades assumidas como indubitáveis, de modo dogmático.

> Ao mesmo tempo, as redes sociais se tornaram parte integral não apenas da vida pessoal dos cidadãos, mas da sua atividade política e da atuação dos seus representantes. Os partidos e demais movimentos de representação social também aproveitam o espaço para engajar eleitores assim como para atacar opositores e pautar debates em torno de seus interesses. Nesse caso, é comum observar o uso orquestrado de redes de robôs (botnets) para gerar um movimento em determinado momento, manipulando *trending topics* e o debate em geral. (FGV/DAPP, 2018)

Além disso, os "bots" são acionados para desviar a atenção da grande massa de temas relevantes para assuntos banais ou artificialmente transformados em importantes. Com isso, tiram o foco de questões que causam melindre a políticos ou instituições e canalizam as atenções para factoides postos com o intuito de distração e dissimulação.

> Esse cenário inquietante já é em parte realidade hoje. Os *social bots* foram usados, por exemplo, na campanha eleitoral dos Estados Unidos. O projeto de pesquisa *Political Bots*, da Universidade de Oxford, provou que mais de 30% de todos os *tweets* pró-Trump e 20% dos *tweets* pró-Clinton após o

> primeiro debate televisivo entre os candidatos à presidência dos Estados Unidos vieram de máquinas como essas, programadas para gerar opinião. Os *bots* também foram utilizados durante os debates sobre a questão do Brexit, no Reino Unido, e no contexto dos conflitos com a Ucrânia. Isso pôde ser provado, entre outros, por Simon Hegelich, professor de Ciência de Dados Digitais na Universidade Técnica de Munique. (LÜBER, 2017)

Como vemos, há um crescente uso das tecnologias na manipulação das informações e na domesticação de consciências com vistas à consolidação da dominação política. E embora haja uma vasta quantidade da população conduzida como manada por efeito deste tipo de artifício, existem igualmente pessoas mundo afora preocupadas com isso e militantes na resistência em defesa da democracia e da liberdade de consciência advinda do processo de construção crítico-argumentativo. Ambas as atitudes, a do domesticado e a do resistente, transparecem nos dados resultantes do Relatório Anual 2020, do *Reuters Institute*, intitulado *Digital News Report 2020 (DNR2020)*.

Podemos ver isso quando observamos o nível de confiança nas informações em comparação com as respectivas fontes. Na maioria dos 40 países que são incluídos no *DNR2020*, há um nível de desconfiança nas notícias que gira em torno de 20%, especialmente naqueles países nos quais há um funcionamento regular das instituições democráticas e imprensa livre. Em países como Chile, Coréia e China, todavia, onde existiram conflitos sociais recentes e ações autoritárias de governos, o nível de desconfiança quanto à veracidade das notícias chega próximo a 70%.

Além disso, é interessante observarmos que, em países como Dinamarca e França, nos quais há um Estado Democrático de Direito consolidado e em pleno vigor, um número mais expressivo de pessoas que procura ouvir notícias de fontes que apresentem argumentos distintos das próprias convicções. Entretanto, ainda predomina a preferência por fontes que não apresentem o seu ponto de vista.

PAÍS	Prefere Fonte com Ponto de Vista (%)	Prefere Fonte sem Ponto de Vista (%)	Prefere Fonte que desafie seu Ponto de Vista (%)
Alemanha	15	80	5
Brasil	43	51	6
Dinamarca	14	68	18

Espanha	34	55	11
França	20	58	22
Itália	22	65	13
Japão	17	78	6
UK	13	76	11
USA	30	60	10

Fonte: DNR2020, p. 16 – Tabela construída pelos autores

Outro aspecto importante que o *DNR2020* menciona é uma reversão nas fontes de busca de informações no período compreendido pela pandemia do Covid-19 (DNR2020, p. 10-13): se as fontes de informação se tornaram gradativamente aquelas ligadas aos meios virtuais, via internet, ao longo das últimas duas décadas, com uma depreciação de jornais e televisões como fontes de informação, esse cenário se modificou em 2020. O próprio Relatório aponta esse cenário não como uma tendência permanente, mas como um fenômeno transitório, ligado, por um lado, ao fato de as pessoas estarem mais em casa (*home office*, confinamento) e terem maior tempo e acesso físico às televisões; e por outro lado, porque a percepção de confiança quanto às informações sobre a pandemia nos meios tradicionais se tornou maior, considerando a fluidez de informações e a quantidade de *fake news* sobre este tema existentes nas redes sociais, blogs e fontes congêneres.

O *DNR2020* aponta também como reações da população na busca de fontes mais confiáveis de informação dois elementos surpreendentes: o primeiro elemento (DNR2020, p. 34-37) é o aumento de assinaturas, em termos globais, dos veículos de mídia que fornecem notícias; num cenário contemporâneo no qual há um manancial quase infindável de informações disponíveis gratuitamente na web, pagar por notícias certificadas e confiáveis é uma tendência, no mínimo, peculiar. O segundo elemento (DNR2020, p. 38-41) é a retomada e incremento do fluxo de *Newsletters* enviadas por e-mail, motivados pela busca dos leitores por argumentos consistentes e de acesso fácil sobre os problemas atuais; o e-mail ressurge como via de acesso à informação que, ao menos em tese, é menos vulnerável aos *bots* e às *fake news*.

Os dados do *DNR2020* indicam uma preocupação crescente das pessoas com a qualidade da informação a que tem acesso mundo afora. Denotam também

iniciativas no sentido de resgatar o jornalismo que traz a veracidade como marca, numa reação às *fake news* e aos veículos e instituições que as disseminam. É uma reação tímida, mas que precisa ser ampliada, num esforço coletivo de ultrapassagem da domesticação de consciências que viabiliza a manipulação política e seus nefastos elementos derivados (exploração econômica, exclusão social, segregação racial, preconceitos de gênero e religião).

E o caminho para isso passa pelo fortalecimento das instituições democráticas, dos espaços de diálogo e de argumentação crítica, das instâncias de deliberação social pautadas no pluralismo e no multiculturalismo e da liberdade de manifestação, desde que essa seja efetivamente compreendida na perspectiva de respeito aos elementos acima mencionados, numa atitude de moralidade pública.

CONCLUSÃO

Procuramos abordar, neste artigo, o processo de domesticação de consciências promovido contemporaneamente, sob os auspícios de governos e corporações voltadas para a dominação política, econômica e social.

Debruçamo-nos inicialmente na caracterização do fenômeno da domesticação política como algo que perpassa a história humana, mas que adquire impacto e amplitude jamais vistas no terceiro milênio, graças ao desenvolvimento das tecnologias voltadas à comunicação em nível planetário. E definimos esse fenômeno como um processo de dominação que consiste não apenas na coerção externa ante um poder ou autoridade que quer se impor, mas numa dinâmica que se orienta para a criação de uma adesão interna das pessoas numa coletividade, adesão esta construída pela utilização de tecnologias da comunicação orientadas para a liquefação de identidades e a reconfiguração destas a partir de novos valores, compatíveis com os interesses de dominação das corporações, gerando verdadeiras manadas humanas a reagir mecanicamente aos estímulos dos dominadores.

Descrevemos, num segundo momento, o modo como se dá esse processo de domesticação política em termos empíricos, abordando elementos presentes nas votações que levaram ao *Brexit* e à eleição de Donald Trump, em 2016, nos EUA.

Finalmente, com base no Relatório 2020 do Instituo Reuters, trouxemos alguns dados acerca da reação das pessoas, em nível global, às *fake news* e às

tentativas de domesticação de consciências, sinalizando as iniciativas de busca das populações por fontes mais confiáveis de notícias e a procura de canais mais democráticos, independentes e críticos de discussão de ideias e de construção de argumentos, fator que tem feito as redes sociais perderem espaço nesta direção.

Parece-nos claro que há uma tensão entre dominação e resistência, como já aponta o pensador alemão Jürgen Habermas, cujas ideias nos inspiraram teoricamente na presente reflexão. E o referido pensador nos deixa explícito que, se a dominação ocorre por um processo de domesticação política, valendo-se da linguagem e das imagens pela utilização dos meios de comunicação de massa e da tecnologia da informação para se realizar, também é pelos mesmos meios que a resistência e a emancipação podem ser engendradas. Essa é a convicção de Habermas, ao construir as bases do seu pensamento, na interpretação que propõe das tensões existentes entre facticidade e validade das ações e normas, na teoria da ação comunicativa, na ética discursiva e na política deliberativa.

Nas lutas emancipatórias e nas ações articuladas de pessoas e instituições em termos globais é que podemos forjar sociedades menos submissas e subjugadas, onde as informações, o conhecimento e as tecnologias da comunicação de fato promovam maiores e melhores experiências cotidianas de igualdade, de justiça social, de pluralidade, de respeito aos direitos humanos, de liberdade e de democracia.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. & HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

BACON, Francis. **Novum organum**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Col. Os Pensadores).

BBC Internacional. **Como Trump e o Brexit ajudaram a cunhar a 'palavra do ano' escolhida pelo dicionário Oxford**. In: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37998165. Publicado em 16 novembro 2016. Acesso em 12/09/2020.

BBC Mundo (Redacción). **5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US$37.000 millones en un día**. Actualizado 21 marzo 2018. Aceso en 13 noviembre 2020.

BRESCIANI, Eduardo. «Filho de Bolsonaro diz que marqueteiro de Trump vai ajudar seu pai». **Revista Época**. 9 de agosto de 2018. Acesso em 29/10/2020.

DESCARTES, R. **Discurso sobre o método.** 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Col. Os Pensadores).

ESTEVES, Fernando. **Como as fake news conduziram os britânicos à confusão do Brexit**. In: https://poligrafo.sapo.pt/uniao-europeia/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexit. Publicado em 15 janeiro 2019. Acesso em 11/12/2020.

FGV/DAPP. **Robôs, redes sociais e política: Estudo da FGV/DAPP aponta interferências ilegítimas no debate público na web**. In: http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web/. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1980. (Biblioteca Tempo Universitário, 60 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. In: **Novos estudos**. São Paulo: CEBRAP, n. 18, set. 1987, p. 103-114.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. (Biblioteca Tempo Universitário, 90 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HANSEN, Gilvan Luiz; HANSEN JÚNIOR, G. L.; LOPES FILHO, O. C. As implicações burguesas da esfera pública em Habermas. In: MONTENEGRO DE LIMA, Clóvis Ricardo (Org.). **Mudança estrutural na esfera pública 50 anos depois**. João Pessoa/PB: Editora da UFPB, 2012, v. 1, p. 179-192.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o Esclarecimento?. In: KANT, Immanuel. **Immanuel Kant: textos seletos**. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 100-117.

LÜBER, Klaus. **Social Bots. O poder dos robôs que emitem opinião**. In: https://www.goethe.de/ins/br/pt/kul/sup/tvf/20951165.html. Tradução: Soraia Vilela. Março de 2017. Acesso em 27 de novembro de 2020.

LUSA. **Fake News, Brexit e Trump: páginas na história que as notícias falseadas podem ter passado**. In: https://www.dn.pt/lusa/fake-news-brexit-e-trump-paginas-na-historia-que-as-noticias-falseadas-podem-ter-passado-10597489.html. Publicado em 20 fevereiro 2019. Acesso em 12/11/2020.

NEWMAN, Nic et alii. **Digital News Report 2020 (DNR2020)**. Londres: Reuters Institute/Universidade de Oxford. 2020.

ROBIN, León. **A moral antiga**. Trad. de João Morais Barbosa. Porto: Edições Despertar. 1970.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Devaneios de um caminhante solitário**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

ANÁLISIS SOBRE LA POSIBLE INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y VOX EN LA ESTIGMATIZACIÓN DE LOS MUSULMANES EN ESPAÑA

Ana Rueda
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España
arueda03@ucm.es

Resumen: La libertad de información y de expresión son dos de los pilares fundamentales de cualquier sociedad. Pero ¿qué pasaría si en algunas ocasiones estos pilares promoviesen la estigmatización de una comunidad como la musulmana? Los medios de comunicación tienen una gran fuerza a la hora de crear una imagen de la realidad, esto puede suponer un peligro cuando la información está basada en una mentira, una fake news. En la actualidad los medios tienen un alcance mucho mayor que en épocas pasadas, sin embargo, eso no garantiza su calidad. La inmediatez del mundo informativo en el que vivimos suele obligar a los medios de comunicación a publicar informaciones de una forma rápida y poco contrastada. Las redes sociales y la distribución de *fake news* pueden promover que, en muchas ocasiones, se perjudique notablemente la imagen de la comunidad musulmana, propiciando así, un aumento del racismo. Por otro lado, los medios de comunicación no son los únicos que pueden hacerse eco de informaciones falsas o escribir artículos estigmatizadores, sino que la presencia de los partidos políticos y sus discursos también pueden propiciar que se distribuyan argumentos y noticias falsas. Los mensajes racistas unidos a algunas noticias falsas, pueden ensalzar a algunos partidos políticos en los que el racismo institucional forma parte de su programa electoral.

Palabras-clave: medios de comunicación; política; musulmanes; España; racismo; VOX; ultraderecha, fake news, terrorismo, yihadismo

Abstract: Freedom of information and expression are two of the fundamental pillars of any society. But what would happen if these pillars sometimes promoted the stigmatization of a community like the Muslim one? The media has a great power when it comes to creating an image of reality, this can be a danger when the information is based on a lie, a fake news. Today the media has a much greater reach than in past times, however, this does not guarantee its quality. The immediacy of the informative world in which we live usually forces the media to publish information in a fast and unproven way. The social networks and the distribution of *fake news* can promote that, in many occasions, the image of the Muslim community is damaged notably, thus propitiating an increase of racism.

On the other hand, the media are not the only ones that can echo false information or write stigmatizing articles, but the presence of political parties and their speeches can also lead to the distribution of false arguments and news. Racist messages coupled with some false news can glorify some political parties where institutional racism is part of their electoral program.

Keywords: media; politics; Muslims; Spain; racism; VOX; far-right, fake news, terrorism, jihadism

Introducción

El 7 de enero del 2015 los hermanos Chérif y Saïd Kouachi entraron en la sede de la revista Charlie Hebdo para asesinar a 11 trabajadores de la revista y posteriormente a un policía que acudió a la escena del crimen. La revista satírica francesa Charlie Hebdo empezó a recibir amenazas desde 2006 por parte de diversos grupos terroristas como DAESH y Al Qaeda, quién finalmente perpetró el ataque.

Como consecuencia de estos atentados, el nivel de alerta de los países europeos se elevó a nivel 4 como precaución a un ataque inminente. En el 2017 Barcelona fue víctima de un atentado en el centro de la ciudad. Los atentados no cesaron y cada poco tiempo el terrorismo yihadista copaba las portadas de diferentes medios gracias a sus ataques. Esto supuso un bombardeo continuo de información sobre el grupo terrorista.

Desde los atentados en suelo europeo tanto en París como en Barcelona, los medios de comunicación y los discursos políticos han llenado centenares de páginas y portadas hablando sobre los atentados incluso haciendo perfiles sobre los terroristas. Durante esta investigación se tratará de comprobar cómo se ha informado de estos actos terroristas, y como el mal uso de ciertos conceptos puede desinformar a la sociedad, y perjudicar notablemente la imagen de una comunidad como la musulmana.

Por lo tanto y en base a la explicación anterior, esta investigación se centrará en los atentados de Charlie Hebdo, y también en el atentado en Las Ramblas en Barcelona. La elección de estos atentados viene dada por el impacto en los medios de comunicación. El ataque a Charlie Hebdo fue el primer ataque en suelo europeo de gran impacto mediático desde el 11S y 11M en Madrid, además abrió un debate sobre la libertad de expresión. Por otro lado, se ha optado

por analizar el atentado de Las Ramblas en Barcelona ya que ha sido el último atentado en España.

Por otro lado, también se analizará qué tipo de discurso ha realizado Vox sobre la comunidad musulmana y cómo los atentados han sido utilizados para crear una gran estigmatización sobre la comunidad musulmana. En cuanto a sus discursos políticos, esta investigación se centrará en los discursos de las últimas campañas, ya que las elecciones de 2019 han sido determinantes para el crecimiento de VOX en el país.

El objetivo de esta investigación es conocer e investigar el posible uso erróneo de los conceptos e ideas sobre el islam manejados por los medios de comunicación y los discursos políticos. Todo ello sustentado en dos hipótesis. La primera es que el uso incorrecto de ciertos conceptos y la intencionalidad en su uso pueden condicionar la imagen de los musulmanes. Por otro lado, que el partido VOX conscientemente relaciona la idea islam-terrorismo para perjudicar a la comunidad musulmana y ayudar al aumento del racismo.

La metodología utilizada para dicha investigación es delimitar temporalmente tanto los artículos de prensa analizados como los discursos políticos. Los artículos analizados corresponden al día del atentado en ambos casos y dos días después. Por todo ello se obtendrán los artículos de los medios de comunicación: El Mundo, El País y La Vanguardia. La elección de estos tres medios no es aleatoria. Dichos periódicos generalistas cuentan con mayor cantidad de lectores tanto en papel como en digital según el EGM de 2015 y 2019. Menciono dichos años ya que son los años en los que suceden los atentados que delimitan mi tema, y, por lo tanto, de los que abstraigo las noticias. Para un correcto e imparcial análisis se ha creado una técnica concreta para esta investigación, en forma de tabla, en la que se calcula el número de veces que se utilizan ciertos conceptos, para después analizar si estos han sido utilizados correctamente. En cuanto a los discursos de VOX, se han analizado diversos puntos el programa electoral de 2019 y varios de sus discursos en actos de campaña.

1. Análisis de la cobertura de los atentados de Charlie Hebdo y Las Ramblas

El 6'67% de todos los artículos analizados hacen alguna referencia a la denominación religiosa de los atacantes o víctimas. En el caso del periódico El Mundo, el 15% de los artículos analizados hacen referencia a la religión de los

atacantes y de una de las víctimas. En este aspecto, se hace ímpetu en que el policía asesinado a las puertas de la revista satírica era musulmán. Se considera innecesario poner énfasis en que una de sus víctimas era musulmana, ya que en ningún momento se denomina a las demás víctimas como víctimas cristianas. En el caso del periódico El País, el uso de la religión como añadido a la descripción de los protagonistas de la noticia únicamente supone un 5%. La Vanguardia no se refiere a la religión de los atacantes o víctimas en ningún momento.

De la misma forma, algunos periódicos han publicado también la procedencia de los atacantes y de las víctimas. Los artículos que dan esta información representan el 16'67% del total. El Mundo distingue la procedencia de los atacantes y el policía asesinado en el 15% de sus artículos, mientras que El País lo hace en un 5%. Finalmente, La Vanguardia lo destaca en el 25%.

Es importante tener esto en cuenta ya que en ningún momento se han publicado dichos datos sobre los miembros de la revista Charlie Hebdo, mientras que sí se han filtrado el de los atacantes y víctima por ser de familia inmigrante. Tanto el uso de su origen como de su religión en las noticias, provoca que la sociedad reciba estímulos constantes sobre la relación entre el la inmigración musulmana y el terrorismo.

Desde los atentados del 11S el concepto yihadismo se esta utilizando constantemente como sinónimo de terrorismo. Ante esto, existen diferentes pensamientos. Esta investigación se basará en la corriente que se muestra contraria al uso de yihadismo como sinónimo del terrorismo de Al Qaeda o del de DAESH. La profesora de la Universidad Autónoma de Madrid Gemma Martín, considera que se debe evitar ese uso ya que originalmente, el término yihadista enmarca a todo aquel musulmán que hace la yihad, ya sea la mayor o la menor. Además, asegura que esta es "la interpretación particular e interesada que Al Qaeda o sus émulos hacen de la yihad, para legitimar sus acciones, es un caso muy específico" (AZNAREZ, 2004). En la misma línea se sitúa el Observatorio de Islamofobia en los Medios, quienes defienden que:

> A los musulmanes, les repugna que se asocie el yihadismo con el islam, y. también se resisten a que se naturalice la apropiación de la yihad que han perpetrado los terroristas, en la medida en que la yihad queda reducida a la violencia. Pero, aunque en esto último redundaría la expresión 'terrorismo yihadista', parece que esta resulta menos lesiva que la primera, y es conceptualmente algo más pertinente. (Observatorio contra la Islamofobia en los medios de comunicación, 2020).

Por ello, si se define ese terrorismo como yihadista se está colectivizando un concepto que pertenece a todos los musulmanes (AZNAREZ, 2004).

Se ha podido comprobar que el 33'3% de las noticias utilizan el término "yihadista", todas ellas lo utilizan como sinónimo de terrorismo. Eso significa que la gran mayoría de la comunidad musulmana se puede ver ofendida y perjudicada por tal denominación.

El periódico El Mundo utiliza "yihadismo" como sinónimo en un 40% de sus artículos. En ninguno de ellos se utiliza el concepto de una forma correcta puesto que no se debe utilizar como sinónimo de terrorismo. Por otro lado, El País lo utiliza en el 60% de sus artículos, no obstante, en algunos de sus análisis tratan de profundizar más en el este concepto explicando brevemente qué es la "yihad", sin embargo, su uso sigue siendo incorrecto. La Vanguardia comete el mismo error en el 15% de sus artículos, sin embargo, estos están presentes mayoritariamente en las noticias y no tanto en sus artículos de análisis o de opinión.

Cuando no se concreta qué tipo de terrorismo es, se pone el foco en el acto de terror y no en quién lo comete. Se comprende que en muchas ocasiones el dato de quién lo ha cometido sí es relevante, sin embargo, eso no debe permitir que se haga una denominación errónea como se ha visto con anterioridad.

Con todo ello, los artículos analizados hablan de terrorismo como concepto general. En El Mundo ha supuesto un 40%, El País el 50% y La Vanguardia un 35% de artículos que han utilizado el concepto de terrorismo.

Durante el análisis también se ha analizado cuántas veces y cómo se han interpretado las frases textuales dichas por los terroristas. En este caso, la principal y más utilizada es "Allahú Akbar" o "Alá es grande". En la cobertura periodística del atentado de Charlie Hebdo se especificó que los terroristas citaron varias frases relevantes al islam. En este caso no se analizará cuáles han sido exactamente sino cuántas veces la prensa se ha hecho eco de ellas y en qué contexto las ha publicado. Un 12% de los artículos publican dichas frases. Este porcentaje no es muy alto, cosa que a mi parecer es positivo, ya que evita que se pueda propiciar que ciertas frases o ideas como "Esta lucha es por Allah" relacionen el islam con la violencia o el odio.

Durante los tres días analizados, el diario El Mundo publica mayoritariamente artículos informativos con datos y hechos reales. Utiliza entrevistas e informaciones de la policía para tratar de crear un mapa sobre lo

sucedido. Únicamente el 25% de los artículos publicados han sido reportajes, análisis o artículos de opinión con un tono más interpretativo. La temática de estos ha sido la creación de perfiles sobre los atacantes, su lazo con la radicalización de Al Qaeda y un artículo de opinión de José Luís Rodríguez Zapatero en el que se pide no caer en el racismo (ZAPATERO, 2015).

Se considera que estos detalles son importantes ya que la intención o el mensaje de trasfondo es más obvio cuando se trata de interpretar la realidad o se explica al lector una visión de lo sucedido. Un ejemplo es uno de sus artículos informativos, pero con un tono interpretativo al final en el que se destaca que "El atentado acabó este miércoles con la vida de diez periodistas y dos policías. Muchos musulmanes consideran que cualquier representación del profeta Mahoma va en contra del islam" (MUNDO, 2015). Esta frase aparentemente es un dato más sobre la importancia que le dan los musulmanes a la creación de imágenes de Mahoma, sin embargo, claramente está dando a entender que los musulmanes pueden justificar la muerte de diez periodistas y dos policías por haber colaborado en la creación de dichas imágenes.

Por su lado, El País ha trabajado mucho más la interpretación y el análisis de lo que lo ha hecho El Mundo. Su abanico de artículos es mucho más amplio en temática. El 63% de los artículos son de noticias de última hora, pero el 37% restante son analíticos y de opinión. Algunos de los artículos analizan el porque de los procesos de radicalización en París, la percepción del nosotros y el ellos con la inmigración en Francia, e incluso artículos criticando a la revista Charlie Hebdo. No se ha analizado ningún artículo que contuviese algún matiz despectivo o concreto contra la comunidad musulmana. Si bien es cierto, en algunos artículos con base de noticia destaca la preocupación, por la inmigración y el terrorismo de ciertas sociedades como la alemana. Pero el periódico en este caso no hace ningún análisis ni interpretación.

Por el contrario, algunos de los artículos de análisis remarcan la diferencia entre el acto terrorista de la comunidad musulmana. "Condenamos a quienes les apoyen. Esos bárbaros cometen un crimen, pero es el islam el que es señalado con el dedo" (VICENTE, 2015). Por otro lado, también resulta interesante destacar artículos comparativos con los movimientos de extrema derecha en Europa, movimientos que buscan los mismos objetivos pero que no reciben ni la mitad de atención que los movimientos del islam radical.

> Pues el objetivo del yihadismo en Francia, de cualquier bando que sea, es precisamente cualquier cosa para separar a los musulmanes del resto de sus conciudadanos, demostrar que la integración es imposible, hacer de la vida diaria un infierno de odios identitarios; en resumen, conseguir los mismos resultados que los que buscan, a su modo, los extremismos de derechas, es decir, hacer de la sociedad democrática un campo de batalla y de choques de civilizaciones (NAIR, 2015) .

La portavoz de un colectivo antirracista en Francia denunció que "Igual que entonces, volvemos a ser todos culpables. Que se nos exija desvincularnos de este atentado es un insulto a la comunidad musulmana. Para desolidarizarnos, tendríamos que haber sido solidarios en algún momento", y alertó contra "quienes instrumentalizan la tragedia para beneficiar la agenda política de la ultraderecha" (VICENTE, 2015).

Finalmente, La Vanguardia es el periódico que más artículos ha invertido en ahondar en temas más profundos que el atentado en si. El periódico dedicó el 55% de sus artículos a cubrir el ataque de una forma informativa y un 45% a escribir artículos de análisis u opinión sobre temas relacionados con el atentado. La Vanguardia, tal y como ha hecho, aunque en menor medida El País, también critica la postura que ha podido tener el medio francés:

> En este caso, el carácter anarquizante y hostil contra cualquier forma de religiosidad queda olvidado o borrado: resulta posible haber detestado en el pasado las posturas adoptadas por Charlie Hebdo, haber parecido que daba prueba de mal gusto, que era inútilmente, incluso peligrosamente, provocador: esto no justifica la matanza, intensamente denunciada (WIEVIORKA, 2015).

Otro de los temas que únicamente ha tratado La Vanguardia y creo que es importante es un artículo sobre los lazos que estos jóvenes podían tener con Abu Hamza, un conocido imam radical en Londres que fue condenado por terrorismo. Durante este se destaca que uno de los hermanos Kouachi se radicalizó con Abu Hamza como referente (FLORES, 2015). Es interesante ya que La Vanguardia no se centra únicamente en el atentado y su reacción posterior, si no que trata de comprender o de informar sobre un tema que va más allá de un atentado. En contexto con la investigación destacó dichos artículos ya que se alejan de las informaciones repetitivas en las que el único mensaje implícito es "dos jóvenes de origen árabe atacan la libertad de expresión atentando contra Charlie Hebdo".

Durante la cobertura periodística del atentado de Las Ramblas en Barcelona, se ha podido observar que el 23'33% del total de los 60 artículos

analizados, referencian y destacan el origen religioso de los atacantes, sin embargo, el 76'67% no lo hace. Estos datos engloban el resultado de los tres periódicos analizados. Tanto La Vanguardia como El País nombran la religión de los terroristas en el 15% de sus artículos, frente al 40% de El Mundo. A diferencia de los artículos sobre el atentado de Charlie Hebdo, los periódicos que denominan a los atacantes como musulmanes, lo hacen para destacar claramente que eran musulmanes radicalizados. En este caso, y gracias a este matiz, no se perjudica tanto a dicha comunidad como en el atentado de Charlie Hebdo.

A priori, destacar la procedencia por encima de la religión es positivo, sin embargo, durante este análisis se han encontrado algún mensaje bastante agresivo en cuanto a la procedencia de algunas comunidades. Rafael L. Bardají, escribió para El Mundo un artículo en el que aseguraba que "No sé todavía si la versión oficial hablará de un perturbado que actuó violentamente sin razón aparente alguna, pero me extrañaría mucho que el agresor no se llame Mohamed y sea oriundo de Marruecos" (BARDAJÍ, 2017). Este tipo de artículo perjudica no solo a una comunidad religiosa si no a la comunidad marroquí. El autor sin saber oficialmente quienes perpetraron el atentado, dio a entender que sus apuestas estaban con alguna persona de origen marroquí. La estigmatización que se promueve con este tipo de artículos no casa con la deontología periodística.

Otro de los ítems que se utiliza en esta investigación es el uso del término "yihadismo". El 63,33% de los artículos analizados han utilizado el concepto "yihadismo" durante sus noticias o análisis. De este porcentaje únicamente un 1'67% se ha utilizado de forma correcta, mientras que el 61'67% lo han utilizado de una forma incorrecta. En general dicho concepto es utilizado como sinónimo de terrorismo, como pasó anteriormente en el análisis sobre el atentado de Charlie Hebdo.

La vanguardia utiliza el concepto de yihadismo como sinónimo de terrorismo en el 60% de sus artículos. Este dato es muy superior al 15% que mostraban en el atentado en París. Esta vez, no se ha observado tantos análisis sobre que es la yihad o qué tipo de ideología mantiene el grupo terrorista. En el caso de El País ha aumentado un 10% más que en el análisis anterior. En el atentado de 2015, dicho periódico se refirió a yihadismo de una forma errónea en el 60% de sus artículos mientas que, en el ataque de Barcelona, lo ha hecho en el 70%. Quién se mantiene prácticamente igual en sus cifras es El Mundo, quién ha utilizado dicho término equivocadamente en el 55% de sus piezas, un 5% menos que en el 2015. Otro dato a tener en cuenta es que El Mundo ha sido el único

periódico en el que se ha hecho una referencia correcta al uso de yihadismo. Este corresponde a ese 1'67% nombrado al principio.

Cómo se observó tanto en el capítulo 1 como en el primer análisis de este bloque, la forma más correcta de denominar al movimiento terrorista relacionado con el DAESH es como terrorismo yihadista. En este caso, el 48'33% de los 60 artículos seleccionados para la investigación utilizan correctamente este ítem. Este dato es muy positivo, puesto que, en 2015, únicamente lo hacía el 14%.

Por otra parte, los datos que representan el uso del ítem a analizar, representan el 35% en La Vanguardia, el 65% en El País y el 45% en El Mundo. Estos datos son muy diferentes a los del 2015, puesto a que el uso de "terrorismo yihadista" se utilizaba una mínima parte a comparación con este último.

Todos y cada uno de los 60 artículos analizados han utilizado el concepto "terrorismo" para hacer referencia a lo sucedido el 17 de agosto en Barcelona. Esto es muy positivo, puesto a que hemos visto un aumento en el uso de las palabras "terrorismo" y "terrorismo yihadista" en general. Esto es beneficioso en cuanto a que se utilicen como alternativa al uso de la palabra "yihadista", que como se ha comentado en el primer capítulo, puede perjudicar y ofender a parte de la comunidad musulmana.

Uno de los ítems a valorar y comparar entre ambos atentados es el uso de citas textuales como "Allahú Akbar". En el anterior atentado hemos visto que se utilizó en el 12% de los artículos, mientras que en ataque a Las Ramblas no se ha utilizado. Esto viene dado a que no hay pruebas de que, durante el atropello ni posteriores enfrentamientos con la policía, ninguno de los atacantes usara ninguna frase relacionada con la religión islámica. Por el contrario, se han encontrado algunos artículos en los que hacen referencia a frases que los jóvenes habrían expresado por redes sociales antes del ataque. Estas frases o citas no perjudican a la comunidad ya que no son frases manipuladas ni extraídas del Corán.

Otros valores a tener en cuenta para analizar el enfoque de la prensa a la hora de cubrir los actos terroristas son, tal y como se ha realizado en el anterior análisis, observar que tipo de piezas se han publicado. El 66'67% de las publicaciones son artículos meramente informativos sobre el ataque de las ramblas y la posterior persecución de los terroristas, y únicamente un 33'33% de las piezas están destinadas al análisis o a la opinión. Esta cifra es un 8% superior a lo publicado sobre el atentado de Charlie Hebdo, sin embargo, los análisis y los

artículos de opinión hacen menos hincapié en la posible islamofobia que se creará después de los atentados.

Por su lado, El País ha dedicado el 30% de sus artículos a analiza el impacto que supone que hayan atentado en una ciudad tan abierta y acogedora como Barcelona "El terrorismo elige a conciencia a sus enemigos y esta vez ha escogido una ciudad que representa como ninguna otra el espíritu de espacio abierto, democrático y plural que el radicalismo intenta precisamente cercenar" (PAÍS, 2017). Por otro lado, también ha tratado de explicar el tipo de ataques "low cost" que realizan los seguidores de Estado Islámico y cómo el grupo terrorista publica modos de atentar.

> El número tres de la revista que el Estado Islámico (ISIS, en sus siglas en inglés) edita bajo el nombre Rumiyah (Roma), subido a la Red el pasado noviembre, instruía a sus fieles sobre cómo atentar con un vehículo pesado contra una multitud. Las páginas están aún disponibles en Internet bajo el epígrafe "Just terror tactics" (GUTIERREZ, 2017).

La Vanguardia también ha realizado algún análisis sobre este modo de actuar "fácil en el que cualquiera que sepa conducir puede hacerlo y es altamente efectivo si se quiere cometer una masacre" (MESSEGUER, 2017). El periódico catalán también publicó un artículo sobre el peligro que suponía que este tipo de atentados aumentaran la islamofobia y los discursos radicales. Además, se ha dado voz a la comunidad islámica en varias ocasiones, un espacio en la que "la Comunidad Islámica española ha condenado los atentados terroristas en un comunicado en el que los define como "violentos e inhumanos" actos. También han recordado su total rechazo a todo tipo de acto terrorista y en particular aquellos "perpetrados injustificablemente en nombre del islam y los musulmanes". (VANGUARDIA, 2017). En un momento en el que Europa se ha visto golpeada por gran cantidad de atentados, es imprescindible este tipo de artículos en los que se da voz a la comunidad musulmana para tratar de frenar el impulso del racismo y para tratar de mostrar que dichos terroristas no representan la mayoría de los musulmanes.

El periódico, El Mundo ha realizado un 5% más de artículos de opinión o análisis respecto a los atentados de Charlie Hebdo. La temática de algunos de sus artículos coincide con los demás periódicos, sin embargo, se puede observar una crítica bastante más fuerte contra la comunidad musulmana que en otros los periódicos. En uno de los artículos ya mencionados anteriormente, se da a entender que se debería expulsar a la población islámica "Y allí donde hay una población musulmana significativa, el yihadismo tiende a crecer. Barcelona tiene

un grave problema de islamismo, una pena que sólo se quiera expulsar a los turistas de bien" (BARDAJÍ, 2017). Por otro lado, uno de sus editoriales carga contra los grupos nacionalistas catalanes al asegurar que:

> Hoy no podemos olvidar cómo el nacionalismo ha ido cebando una verdadera bomba al favorecer la llegada de inmigrantes de países musulmanes frente a los de países hispanohablantes, como parte de la estrategia de ruptura de España. Así, se ha contribuido a convertir Cataluña en uno de los centros neurálgicos para grupos salafistas. Nada de ello explica por sí solo un acto de barbarie. Pero los responsables políticos están obligados a reflexionar y a actuar en consecuencia (MUNDO, 2017).

Este tipo de discursos es sumamente peligroso, ya que se esta dando a entender que existe un conjunto de partidos a los que les conviene que existan este tipo de escenarios. Barcelona siempre se ha caracterizado por ser una ciudad abierta y multicultural, sin embargo, eso no significa que se este haciendo un efecto llamada para los inmigrantes de países musulmanes para contribuir a una ruptura con España. Estas afirmaciones podrían crear la imagen de que Cataluña, de una forma consciente, está permitiendo que se creen células terroristas en el país.

2. Conclusión del análisis

Durante la realización de este análisis se ha tratado de ver si la forma en la que se ha cubierto los atentados podría perjudicar en la visión que se tiene sobre la comunidad musulmana. Se ha podido observar que existe un mal uso reiterado de ciertos conceptos que pese a estar aceptados por una parte de la comunidad académica y mediática. José Ferreirós, investigador del Instituto de Filosofía del CSIC, asegura que "en un momento como éste, tan delicado, y ante una población en la que podrían surgir sentimientos indiscriminados e injustificables de oposición a los musulmanes, es especialmente importante cuidar el lenguaje. Las semillas de la violencia comienzan a plantarse con un lenguaje adecuado, agresivo" (AZNAREZ, 2004). Creo que este tipo de afirmaciones son de suma importancia, ya que efectivamente, la elección de las palabras puede usarse de una forma pacifica o agresiva.

Excepto ciertas terminologías incorrectas, la mayoría de las noticias de ambos atentados son bastante respetuosas y sin un sesgo muy marcado, sin embargo, hemos encontrado muchas más denotaciones perjudiciales en los artículos de opinión o análisis, en la que el periodista es más libre de interpretar o especular sobre una realidad.

Se han podido comprobar numerosas diferencias entre los atentados de Charlie Hebdo y los de Las Ramblas de Barcelona. En los atentados de Francia, se expuso un debate un poco más profundo que en el de Cataluña. Los artículos de análisis u opinión no hablaban únicamente del atentado en si y su impacto, si no que indagaban sobre la libertad de expresión y la constante lucha de los musulmanes para reivindicar que el terrorismo no les representa.

Como se ha comentado con anterioridad, los atentados de Charlie Hebdo fueron uno de los primeros ataques terroristas yihadistas, y que por lo tanto dieron pie a realizar muchos más artículos e investigaciones sobre la ideología salafista, y sobre cómo podía afectar a la sociedad. Sin embargo, los artículos de opinión son mas numerosos en el atentado de Barcelona. En los del 17 de agosto, se puede observar gran cantidad de artículos de opinión sobre qué ha representado Barcelona para la multiculturalidad, o autores que relatan el dolor de ver a su ciudad sufrir ante los ataques. Viendo los datos y analizando podemos afirmar que pese a que existe un numero mayor de artículos de análisis y opinión en el atentado del 17 A, los correspondientes al atentado francés son bastante más profundos.

Finalmente, cabe destacar que, pese a que, existe un mal uso de ciertos conceptos, la comunidad musulmana se puede ver mucho más estigmatizada y herida a causa de ciertos artículos de opinión o la publicación de *fake news* que por el mal uso de dichas palabras.

3. Análisis del discurso de VOX en campaña electoral

Durante este punto se analizará algunos discursos realizados por el partido VOX durante la campaña electoral para las elecciones de 2019. Se ha elegido a este partido y no a otro por mantener desde sus orígenes un discurso duro contra la inmigración.

En este apartado demostraré si el uso de ciertas afirmaciones y conceptos pueden conllevar una relación entre la comunidad musulmana y el miedo o repudio. Además, se hará especial énfasis en si existe una intencionalidad en contra de la comunidad musulmana en su discurso.

Alrededor de la comunidad musulmana existe una gran cantidad de estereotipos que a continuación se tratará de explicar para contextualizar el posterior análisis. La autora Laura Navarro define los estereotipos como:

> El componente cognitivo de una actitud particular" dichas actitudes dependen de la imagen y percepción que la persona tiene del mundo. Por otro lado, añade que cuando se aplica un estereotipo a un individuo se le aplica un papel, pero no en función de lo que él es como individuo, sino de lo que se espera de dicho individuo en función de su asignación al grupo estereotipado. (NAVARRO, 2008, p. 20).

Hay que considerar que el estereotipo puede ser un paso previo al prejuicio, el cual antecede a una posible discriminación. Y pese a que no es su objetivo en ningún caso, su discurso puede ayudar a la radicalización de jóvenes.

En relación a la primera parte de la investigación, la autora también remarca que los medios de comunicación de masas, como agentes socializadores, condicionan en gran medida nuestra imagen del mundo y, por ende, nuestros estereotipos y prejuicios (NAVARRO, 2008, p. 21). Podríamos decir, por lo tanto, que los estereotipos y prejuicios tienen una característica igual en ambas. Esta es que no se basan en la observación, experiencia y conocimiento propios y directos, sino en opiniones o ideas ya formadas e indirectas, procedentes de su entorno. Si bien es cierto, no todos los estereotipos son negativos, pero sí en su mayoría. En palabras de Malgesini y Giménez los estereotipos negativos en su forma más extrema pueden servir para identificar fácilmente a un grupo minoritario cuando la mayoría busca un "cabeza de turco" al que responsabilizar de sus desdichas y frustraciones (GIMÉNEZ, 2000, p. 150).

Esta definición de Malgesini y Giménez concuerda perfectamente con muchos de los discursos de VOX sobre la delincuencia en España. En una de sus primeras apariciones en el Congreso de los Diputados, Santiago Abascal aseguró en el minuto 0:38 de discurso que:

> Esta última semana hemos tenido conocimiento de nuevas manadas de salvajes intentando violar a mujeres, pero como sus autores son extranjeros, quedan convenientemente silenciadas por el feminismo. Esta de ayer mismo: una manada intenta violar a una joven en Quintanamanvirgo, tres individuos de origen magrebí, ilegales, residentes en Boada de Roda, la atacaron en las bodegas aunque la víctima se zafó.

Tras el contexto de esta noticia, el presidente de Vox relacionó el aumento de estos casos con la llegada de musulmanes al país "Ustedes se ven capaces de convencer a los españoles de que las decenas de inmigrantes ilegales, en su mayoría musulmanes, no tienen nada que ver con este nuevo tipo de agresiones, con el aumento de lesiones contra las mujeres y contra los homosexuales". (ABASCAL, 2019). Este fragmento ejemplifica perfectamente la definición de Malgesini y Giménez dada anteriormente.

En este caso en concreto, se trata de relacionar el aumento de la delincuencia y los delitos sexuales con a llegada de población inmigrante. Dichos datos se desmienten año tras año con los informes del Instituto Nacional de Estadística, coincidiendo con los datos proporcionados por el Ministerio del Interior (INTERIOR, 2018), en los que se muestra la procedencia de las personas que cometen cualquier tipo de delito. Estos informes esclarecen que, tanto en el 2017 como en el 2018, los españoles cometían más delitos que la población inmigrante. Centrándonos únicamente en los delitos sexuales, en 2017 hubo 2.107 españoles condenados por delitos sexuales frente a los 709 inmigrantes condenados (INE, 2017). Por otro lado, en el 2018 se informó que únicamente el 26'1% de los condenados en España por delitos contra la libertad e indemnidad sexual eran extranjeros, frente al 73'9% que eran españoles.

Todos los discursos políticos tienen un objetivo claro, entrar en el debate y fomentarlo. El discurso político debe ser y convertirse en un discurso mediático, deben influir en el pensamiento de la sociedad y tratar de influir en la opinión pública (AIRA, 2009, p. 60). Si bien es cierto, no siempre estos discursos proponen debates positivos para realizar cambios en una sociedad, en muchas ocasiones son para incitar el discurso del odio. Según la recomendación número 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el discurso del odio es:

> El fomento, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales. (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 2016, p. 19).

En el caso que nos concierne, se puede considerar que efectivamente el partido de VOX ha realizado discursos del odio sobre la comunidad musulmana al difundir estereotipos negativos y estigmatizar al colectivo musulmán e inmigrante como un colectivo que tiende a delinquir por encima de la media de españoles. Sin ir más lejos, la fiscalía anunció que vio indicios de delitos de odio por parte de VOX al acusar a magrebíes de un abuso sexual cometido por españoles, asegurando que era importante "puntualizar el origen extranjero de la mayoría de los violadores para que los españoles tomen conciencia del tipo de delincuentes a los que estáis abriendo las puertas y subsidiando con el dinero de todos " (ABC, 2019).

Diferentes autores justifican que VOX tiene una de las características principales de los grupos de la derecha más radical, el nativismo. Según autores como Tjitske Akkerman (TJITSKE AKKERMAN, 2016, p. 5) y Cas Mudde (MUDDE, 2007, p. 19), VOX combina dos elementos clave: el nacionalismo y la xenofobia.

Según Mudde, "el nativismo es una ideología que sostiene que los Estados deberían estar habitados exclusivamente por los miembros del grupo nativo (la nación) y que los elementos no-nativos (personas e ideas) amenazan fundamentalmente al Estado-nación homogéneo".

Esta definición se ve claramente reflejada en varios de los discursos o políticas del partido de Santiago Abascal, sin ir más lejos, uno de los discursos más mediáticos fue el del secretario general de VOX, Javier Ortega Smith, quién aseguró en un acto de campaña en Valencia que "El enemigo común, el enemigo de Europa, el enemigo del progreso, el enemigo de la democracia, el enemigo de la familia, el enemigo de la vida, el enemigo del futuro se llama la invasión islamista" (SMITH, 2018). La palabra invadir viene del verbo invasión el cual la RAE define como "irrumpir o entrar a la fuerza", "entrar o propagarse de un lugar o medios determinados" (Real Academia Española (RAE), 2001). Este tipo de palabras dan a entender que la comunidad musulmana trata de entrar a la fuerza en la sociedad española, poniendo así en riesgo los valores de la nación. Queda patente que la intención de estos mensajes es relacionar a la comunidad inmigrante, sobretodo la musulmana, con el miedo y la pérdida de los valores e identidad de España.

Una de las *fake news* más recurrentes para el grupo parlamentario Vox es sobre la supuesta imposición de la ley religiosa. El secretario general de VOX de nuevo en el mitin de Valencia, aseguró que "España no está sola, cada vez más europeos se están poniendo de pie porque están sufriendo en sus ciudades y sus barrios lo que significa la aplicación de la ley de la sharia" además señalaba que:

> No están dispuestos a que derriben sus catedrales para ser substituidas obligatoriamente por mezquitas. No están dispuestos a que sus mujeres tengan que cubrirse el rostro con una tela negra y ser tratados diez pasos atrás peor que a los camellos (SMITH, 2018).

Este discurso trata de influir en la opinión pública, sobretodo en la opinión de su público potencial, para crear un relato de que el mayor temor y el mayor peligro que actualmente tiene la sociedad es la multiculturalidad, y en especial la comunidad musulmana.

Quien esté escuchando este discurso recibe diferentes conceptos que pueden estimular hacia una imagen errónea del islam. Por una parte, se repite en varias ocasiones la palabra invasión islámica, por otro lado, las palabras imposición y aplicación de la sharía. Según el Observatorio de Islamofobia en los Medios, la sharía es "la vía que Dios marca a la humanidad para que cumpla con su voluntad, de modo que alcance la salvación. Esta toma cuerpo en leyes civiles, penales, procesales, mercantiles, de derecho internacional o también morales y doctrinales.". Por lo tanto, la afirmación de que en ciertos barrios se ha aplicado la sharía no es cierta, ya que la aplicación de tales leyes debería ser aplicada por un tribunal. Para aplicar la sharía en su forma legal, habría que cambiar leyes penales y procesales, entre otras. Finalmente, el discurso estimula las imágenes de una imposición falsa sobre derrocar iglesias y construir mezquitas. Desde la Asociación Musulmanes contra la Islamofobia, en una entrevista concedida para este trabajo de investigación aseguran que es imposible que eso suceda en España, ya que no se están derribando iglesias, y la creación de nuevos centros islámicos sigue siendo muy inferior al de los centros católicos. Según el Observatorio del pluralismo religioso en España, en octubre del 2019 había 1.695 lugares de culto al islam (Observatorio del pluralismo religioso en España, 2019) frente las 27.780 parroquias y monasterios (Conferencia Episcopal Española, 2019) y los 4.362 lugares de culto evangelistas. Por lo tanto, los datos demuestran que efectivamente, los centros islámicos siguen representando un porcentaje muy bajo respecto a los católicos.

Si estos datos no se dan a conocer, las afirmaciones de VOX pueden llegar a crear un imaginario erróneo en el que la opinión publica cree su opinión en base a datos falsos. Según el CIS, el 85'4% de los votantes de VOX son católicos y por lo tanto un público objetivo al que los discursos de Abascal pueden influir y condicionar a la hora de crear una opinión sobre la comunidad musulmana en España. Además, teniendo en cuenta la fuga de votos entre VOX y el PP, cabe destacar que, según el mismo estudio, el 95% de los votantes de PP también son católicos. (Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2018). Con ello se pretende destacar la gran influencia que este tipo de discursos pueden tener sobre el votante cristiano.

Walter Lippman ya aseguró que "nadie puede evitar que nuestras opiniones abarquen más espacio, tiempo y cosas del lo que podemos observar directamente, por lo tanto, nuestras opiniones son la reconstrucción de lo que otros han narrado y nosotros hemos imaginado" (LIPPMAN, 1922, p. 81) Esta

afirmación pone en valor lo comentado anteriormente. Muchos ciudadanos pueden no tener una opinión real sobre la inmigración musulmana en España, muchos de ellos no habrán tenido ninguna experiencia sobre el tema, sin embargo, pueden escuchar discursos radicales sobre dicha comunidad, y por su falta de experiencia, acabar estereotipando y marginando a dicha comunidad.

Los discursos del partido de Abascal han coincidido con un aumento de la preocupación general de la población española por la llegada de inmigrantes. Según el CIS, en septiembre del 2017, antes de la fuerte irrupción de VOX en el panorama político, la preocupación por la inmigración se situaba en la posición numero 10 (Centro de Investigación Sociológica, 1985-2020), sin embargo, en 2018 y 2019, la inmigración ya estaba como cuarta y quinta preocupación para los españoles por delante de la sanidad, pensiones o la calidad del empleo. Es importante tener en cuenta estos datos, ya que también ayudan a entender porque el discurso en contra de los inmigrantes, en su mayoría musulmanes, ha calado en una parte de la sociedad.

No me atrevería a asegurar cual de los dos hechos influenció primero al otro, es decir, si el aumento del miedo por la inmigración ha beneficiado a VOX o si VOX ha hecho aumentar el miedo por la inmigración. Lo que está claro es que el radicalismo del partido de Abascal no ayuda a disminuir ese miedo, sino al revés, pone el foco más que nunca en dicha comunidad. Pese a que VOX no tiene el objetivo de radicalizar voluntariamente a miembros de la comunidad musulmana, sus discursos si pueden llegar a allanar el terreno para dicha situación.

Una de las partes fundamentales de los partidos políticos en campaña electoral son sus programas. El partido de Abascal preparó un programa electoral basado en 100 medidas (VOX, 2019) que iban a llevar a cabo. Como se justificará más adelante el programa trae consigo una gran carga política e ideológica. A continuación, analizaré aquellos puntos relativos al tema que nos concierne, es decir, a la inmigración y a toda referencia explícita e implícita sobre la comunidad musulmana.

El tercer apartado – tras la defensa de España, la unidad y la soberanía y la ley electoral– se encuentra la necesidad de crear leyes sobre la inmigración. Una de sus primeras propuestas es la deportación de la inmigración ilegal a sus países o "la deportación de los inmigrantes que estén de forma legal en territorio español pero que hayan reincidido en la comisión de delitos leves o hayan cometido algún delito grave". Se podría argumentar que dicha propuesta engloba a todos los inmigrantes sea cual sea su procedencia, sin embargo, en ninguno de los discursos

realizados por el partido se nombra o refiere a una posible inmigración latinoamericana o europea. Por otro lado, también encontramos algunas propuestas como "Acabar con el efecto llamada: cualquier inmigrante que haya entrado ilegalmente en España estará incapacitado, de por vida, a legalizar su situación y por lo tanto a recibir cualquier tipo de ayuda de la administración". Esta propuesta va relacionada con uno de los discursos más duros del partido el cual argumenta que el gobierno de Pedro Sánchez está animando a que la inmigración ilegal venga a España.

Esta es una de las acusaciones más recurrentes del partido derechista radical, que ha sido acusado en varias ocasiones por difamar sobre ello. Musulmanes contra la Islamofobia ha denunciado al partido por haber mentido sobre el efecto llamada y haber acusado a 5 youtubers de formar parte de mafias de trafico de personas. Los *youtubers* no eran mafiosos, ni traficantes de seres humanos, sino tres ciudadanos con nacionalidad española y otros dos con permiso de residencia (Otmane El Hadad, Khadija Ben Amar Taza, Abou Mariam, Karim Kasti y Abou Razan) que explicaban a ciudadanos araboparlantes residentes en España, los requisitos para poder acceder al nuevo ingreso mínimo vital. Miguel Ángel Pérez, coordinador y portavoz de Musulmanes contra la Islamofobia, aseguró en la entrevista concedida para esta investigación que la intención de demonizar a los musulmanes era clara, y que en ningún caso VOX había colgado ese tweet de una forma casual o errónea.

Por ello, la agrupación ha denunciado este tweet ante la Fiscalía General del Estado para que se aplique el artículo 510.1 en los apartados a) y b) del código penal en el que se establece que:

> Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo[…] para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias.

En cuanto a la las propuesta de defensa, seguridad y fronteras, el partido plantea el "cierre de mezquitas fundamentalistas. Expulsión de los imanes que propaguen el integrismo, el menosprecio a la mujer, o la yihad". En esta propuesta podemos observar uno de los errores conceptuales explicados en el apartado de conceptos. En dicho punto se relaciona la yihad con el terrorismo o el radicalismo.

Tal y como esta redactado este punto, cualquier mezquita que hable sobre la yihad, sea la mayor o la menor, deberá ser cerrada. Esto significaría que prácticamente se deberían cerrar todas y cada una de las mezquitas del país. Sobre este debate además se debería añadir hasta qué punto se deben cerrar las mezquitas como lugares de culto y no únicamente que la comunidad musulmana expulse a aquellos imanes que estén haciendo una interpretación radical y peligrosa del Corán. Con estas propuestas VOX pretende interferir en la religión o en los lugares de culto de la comunidad musulmana. Se debe respetar que creyentes de todas las religiones tienen derecho a un lugar de culto, y en caso de que se detecten acciones impropias por parte del predicador sin importar la religión que profesen, debe pagar esa persona y no toda la comunidad.

El siguiente punto, y relacionado con el anterior, se anuncia la intención de:

> Erigir mezquitas promovidas por el wahabismo, el salafismo, o cualquier interpretación fundamentalista del islam. Exigencia del principio de reciprocidad en la apertura de lugares de culto. Rechazar e ilegalizar la financiación por parte de terceros países de lugares de culto en suelo español.

Esta propuesta pretende prohibir que ciertas corrientes del islam tengan su lugar de culto ya que se sigue relacionando dichas ideologías con el terrorismo. Esta relación es incorrecta, ya que tener una ideología ultraconservadora como la salafista no significa que esta esté a favor del terrorismo.

Ciertamente este tipo de propuestas ayudan a la estigmatización del colectivo, dando a entender que la solución para la prevención del radicalismo es el cierre de mezquitas. Dicho argumento no es del todo cierto, se debe reconocer que la enseñanza en las mezquitas, teniendo en cuenta que es un lugar de encuentro entre musulmanes, es muy importante. Una enseñanza radical puede conllevar que ciertas personas radicalizadas cometan actos terroristas, pero no en su gran mayoría ni mucho menos.

Otro de los factores imprescindibles es la educación. Una vez más, VOX propone eliminar la enseñanza del islam en la escuela pública. Sin embargo, según el artículo 27 en los derechos y deberes fundamentales de la Constitución Española, "Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza", es más, la Ley 26/1992, del 10 de noviembre, aprueba con el Acuerdo de Cooperación del Estado Español y la Comisión Islámica de España "establecer en el artículo 10 de su anexo que, a fin de dar efectividad a lo dispuesto en el

artículo 27.3 de la Constitución, se garantiza a los alumnos musulmanes, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir Enseñanza Religiosa Islámica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria" (BOE, 2014). La posibilidad de dar una enseñanza islámica está blindada por la Constitución.

El portavoz de Musulmanes contra la Islamofobia, en la entrevista dada para esta investigación, asegura que con la educación existe un gran problema: "Si los jóvenes aprenden desde el principio cuál es el buen camino del Corán, eso les ayudará en el futuro a discernir entre discursos radicales y los discursos reales del islam". La pretensión de eliminar el islam de las aulas es discriminatoria y una vez más pone el foco sobre una comunidad que se ve condicionada y discriminada.

El punto 31 del programa de VOX parece realmente interesante para ver cuál es la visión del partido sobre quién es extranjero y quién no. Dicho punto quiere reclamar la "Publicación de datos sobre nacionalidad y origen en estadísticas de delitos". Para comentar este punto utilizaré como ejemplo los delitos de agresiones sexuales, ya que ha sido uno de los delitos más utilizados para las *fake news* del partido.

A partir del caso de "la manada", en España ha habido un aumento de noticias sobre agresiones sexuales. En muchas ocasiones se ha filtrado la nacionalidad de muchos de los agresores, siendo en su mayoría españoles, tal y como se ha argumentado al inicio de este capítulo. Sin embargo, pese a que los datos muestran una realidad muy distinta a la que VOX muestra, ¿por qué Abascal sigue manteniendo en firme que muchos de los agresores son extranjeros? En varias ocasiones hemos visto cómo Abascal o Javier Ortega Smith hablaban de agresiones sexuales por parte de marroquíes o magrebíes, sin embargo, se les olvida recordar algunos de estos jóvenes marroquíes o magrebíes son hijos de segunda o tercera generación y que, por lo tanto, son españoles. Además, es importante tener en cuenta que dichas personas han sido educadas en la escuela pública y que por lo tanto es responsabilidad del Estado la enseñanza en el respeto y los valores.

Con todo se debe aclarar que en ningún caso se está poniendo en duda que cierto colectivo de personas haya cometido delitos sexuales, sino que se pretende contabilizar a dichos colectivos como "no españoles" o generalizar con

una comunidad. Este detalle es importante al tener en cuenta como está redactado dicha propuesta en el programa electoral. Se pide conocer el origen y nacionalidad, es decir, si un joven español de familia argelina ha cometido una agresión sexual, se debe dar ambos detalles. ¿Hasta qué punto realmente es necesario conocer el origen de las personas por encima de su nacionalidad? Cabe preguntarnos si esa exigencia también se aplicará en el caso de que el agresor sea de origen europeo.

Por todo esto reitero lo comentado con anterioridad, según el Informe sobre delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual en España, el 73'9% de los delitos sexuales son cometidos por españoles (INTERIOR, 2018).

Finalmente, la propuesta número 92 pretende la "eliminación de los privilegios penitenciarios (salarios, seguridad social) a los presos condenados por terrorismo y a inmigrantes ilegales". Esta propuesta significa la equiparación en gravedad entre un terrorista y un inmigrante, es decir, un inmigrante del norte de África acusado de robo tendrá el mismo castigo (por la eliminación de los privilegios penitenciarios) que un terrorista, sin embargo, un violador, asesino o narcotraficante español los mantendrá.

4. Conclusiones

Este capítulo tiene el objetivo de comprobar si ciertos discursos y propuestas de VOX ha podido poner a la comunidad musulmana en el foco mediático, estereotipándola y relacionándola con la inmigración ilegal, el terrorismo o la delincuencia. Según la definición de estereotipo dada al inicio de este bloque por Laura Navarro, y la teoría de Malgesini y Giménez efectivamente existe un estereotipo con la comunidad musulmana. Socialmente se juzga a una comunidad por hechos terroríficos perpetrados por un grupo de radicales violentos. Además, dicho estereotipo es fomentado y agrandado por el partido de Santiago Abascal.

En los discursos analizados anteriormente se trata de usar a la comunidad musulmana y a los inmigrantes como "cabeza de turco" para justificar el aumento de delitos en ciertas zonas de España, sin embargo, se ha demostrado con datos que eso no es cierto. El peligro de estas afirmaciones es que crean un *storytelling*, y una narrativa alrededor de esta comunidad que les perjudica de una forma injustificada. Los partidos políticos tienen una gran influencia sobre la opinión pública, y tal y como Lippman defiende en su obra, si una sociedad no está bien informada, los discursos y las mentiras que ciertas personas pueden instaurarse en

la sociedad y pueden ser tomadas como verdad. Esta falsa verdad propaga más rápidamente el racismo contra cualquier comunidad. Dicha narrativa además viene dada por el continuo uso de conceptos como invasión, enemigo del Estado, abrir las puertas al enemigo, poner en peligro la identidad española, entre otras. No existe enmascaramiento en sus discursos, sus ideas son claras.

Finalmente se ha tratado de dar un paso más y no únicamente analizar lo que el partido dice, sino también lo que el partido pretende instaurar. En sus 100 puntos de programa, se pueden observar varias propuestas que atacan directamente a los musulmanes y a su religión. La eliminación del islam de la educación, el cierre de mezquitas o equiparación entre los terroristas y los ilegales.

Este tipo de discursos está creando un caldo de cultivo perfecto para que algún joven que se sienta marginado y estigmatizado pueda acabar radicalizándose y cayendo en las manos de grupos terroristas como el DAESH. Sin embargo, cabe destacar, que en ningún momento se está afirmando que dicho partido político propicie esta radicalización de una forma premeditada, si no, que sería un efecto colateral.

Conclusiones finales

El objetivo principal de esta investigación es conocer y analizar el posible uso erróneo de los conceptos e ideas sobre el islam manejados por los medios de comunicación, los discursos políticos y la propaganda del DAESH. Definitivamente podemos concluir que sí. Durante el análisis de la cobertura de los atentados de Charlie Hebdo y de Las Ramblas en Barcelona, se ha podido observar como efectivamente algunos de los artículos contenían conceptos erróneos. El principal concepto utilizado incorrectamente, bajo el punto de vista de esta investigación, es el de yihadismo. Existe una tendencia que relaciona el yihadismo con el terrorismo, pese a que existe una parte de la comunidad musulmana que se puede ver ofendida por dicha relación. Por ello se considera importante el uso del concepto de "terrorismo" o en todo caso "terrorismo yihadista".

En cuanto a los discursos del partido político VOX, exceptuando el concepto de yihadista, no existe un uso erróneo de conceptos, sino ideas manipuladas y *fake news*. Con esto se quiere mostrar como se han utilizado conceptos como "sharia" de una forma correcta conceptualmente, pero con el objetivo de mentir. Este tipo de palabras han sido utilizadas para propagar el

miedo a la ciudadanía asegurando cosas como que había barrios en los que reinaba la ley islámica. Se ha demostrado durante esta investigación efectivamente existe una intencionalidad clara en irradiar mensajes islamófobos y racistas alrededor del país. Se han publicado noticias falsas, datos manipulados y se ha difundido un mensaje de odio contra una comunidad concreta. El uso de las *fake news* es muy recurrente en los discursos e ideas de la formación política.

Para desarrollar toda la investigación se propusieron una serie de preguntas de investigación que a continuación se van a resolver.

Una de las primeras preguntas a responder si el mal uso de los conceptos daña la imagen del islam y de los musulmanes en España. La respuesta a esta pregunta es no. Es importante diferenciar el uso de conceptos respecto las ideas e interpretaciones que se hacen. Pese a que se ha defendido firmemente que se esta utilizando conceptos erróneos, y que estos pueden ofender a una parte de la comunidad, no creo que dichos errores sean culpables de la estigmatización de la comunidad. Sí que, el conjunto de conceptos más la intencionalidad tóxica que se le puede dar en un artículo, pueden derivar, entonces sí, en una estigmatización. Esto relaciona la siguiente pregunta: ¿existe una intencionalidad en la prensa o en los discursos de VOX para relacionar conceptos e ideas relativas al islam con el terrorismo? No se ha podido contrastar que los medios utilicen ciertos conceptos erróneamente con el objetivo de estigmatizar, no obstante, existe una intencionalidad de señalar a la comunidad musulmana en algunos artículos de opinión. Por otro lado, también existe una clara intencionalidad por parte de VOX a la hora de crear una campaña con mensajes racistas e islamófobos.

Toda esta información nos lleva a las últimas preguntas, ¿existe una estigmatización superior de la comunidad musulmana a causa de ciertos discursos políticos respecto a la estigmatización de otras comunidades? En el caso de VOX sí. El partido de Santiago Abascal se ha centrado en señalar negativamente a los musulmanes por encima de otras comunidades como la latina. Como se ha visto en el análisis, en ninguno de los puntos de su programa electoral nombra a ninguna otra comunidad que no sea la musulmana. La persistencia contra ellos es constante.

Una vez planteados los objetivos y respondido las preguntas de investigación, se debe ratificar si las hipótesis planteadas son o no corroboradas. La hipótesis principal es que el mal uso de los conceptos referentes al islam por parte de los medios de comunicación y de los discursos políticos califica a toda la comunidad musulmana como afín al terrorismo salafista. Esta hipótesis se refuta

parcialmente. No existe un mal uso de conceptos sobre el islam que perjudique tan gravemente a la comunidad como para considerar que la estigmatiza, sin embargo, como se ha comentado anteriormente, la intencionalidad con la que se usa sí les señala negativamente. Los conceptos en sí no han tenido esa fuerza, por el contrario, los mensajes de ciertos medios de comunicación tienden a relacionar al islam como una religión agresiva y relacionada estrechamente con el terrorismo.

Por otro lado, confirmamos en base a lo analizado en esta investigación, que el partido político VOX conscientemente relaciona la idea islam – terrorismo para perjudicar a la comunidad musulmana y ayudar al aumento del racismo. Una de las partes más interesantes del análisis del discurso de este grupo, trata sobre algunas publicaciones o tweets falsos. La manipulación de datos falsos para corroborar sus ideas es uno de los pilares de su discurso islamófobo.

REFERENCIAS

ABASCAL, S. *Discurso histórico de Santiago Abascal en el Congreso de los Diputados.* Madrid, 2019. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CAQgP9N0Hks>. Acceso 18 nov. 2020

ABASCAL, S. *VOX España.* 2019. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=HdWUrqSey94>, Acceso: 18 nov. 2020

ABC. *La Fiscalía denuncia a Vox por difundir falsamente que cinco magrebíes abusaron de una nudista.* ABC, 2019. Disponible en: <https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-fiscalia-denuncia-difundir-falsamente-cinco-magrebies-abusaron-nudista 201911071809_noticia.html >, Acceso en: 5 dic. 2020

AIRA, T. *Los spin doctors, cómo mueven los hilos los asesores de los líderes políticos.* Barcelona: UOC, 2009.

AKKERMAN, T; De Lange, S; Rooduijn, M. *Radical Right-Wing Populist Parties in Western Europe. Into the Mainstream?.* Londres: Routledge, 2016.

AZNAREZ, M. *¿Terrorismo islamista?.* El País, 2014. Disponible en: < https://elpais.com/diario/2004/03/28/opinion/1080428407_850215.html>, Acceso en 29 dic. 2020

BARDAJÍ, R. *El retorno de la Yihad.* El Mundo, 2017. Disponible en: <https://www.elmundo.es/cataluna/2017/08/17/5995e20222601d71248b4629.html>, Acceso en: 10 en. 2021

BOE, *Agencia Estatal Boletín General del Estado.* Madrid*,* 2014. Disponible en < https://www.boe.es/eli/es/res/2014/11/26/(2)> . Aceso en 15 oct 2020.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOCIOLÓGICA. *Encuesta tres principales problemas para los españoles.* España*,* 1985-2020. Disponible en <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html>, Acceso en 21 diciembre 2020.

COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA. *Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio,* Estrasburgo, 2016.

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Iglesia en números.* 2019. Disponible en : https://conferenciaepiscopal.es/iglesia-en-espana/iglesia-en-numeros/. Acceso 5 nov 2020.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 1978, Disponible en : <https://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf>, acceso en 12 oct. 2020

EL MUNDO. *Días de luto, momentos de reflexión.* El Mundo, 2017. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2017/08/18/599730ef46163f704d8b45b6.html>, Acceso en 7 en. 2021.

EL MUNDO. *Al Shabab califica de 'héroes' a los autores del ataque a 'Charlie Hebdo'.* El Mundo, 2015. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2015/01/09/54afab3ae2704eff748b4574.html> , Acceso en 3 nov. 2020.

FLORES, F. *El rastro de Abu Hamza, de Londres a París.* La Vanguardia, 2015. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20150109/54423157388/rastro-abu-hamza-londres-paris.html>, Acceso en: 15 nov. 2020.

FRANÇA, J. *El protocolo catalán contra la radicalización islamista en las aulas: ¿prevención o estigma?.* El diario.es. 2017. Disponible en: < https://www.eldiario.es/catalunya/educacion/protocolo-radicalizacion-islamista-prevencion-estigma_1_3422157.html>, Acceso en: 20 dic. 2020.

GIMÉNEZ, C.; MALGESINI, G.*Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad.* Madrid: Ed. Catarata, 2000.

GUTIÉRREZ, Ó. *Tácticas de terror 'low cost'.* El País, 2017. Disponible en: <https://elpais.com/politica/2017/08/17/actualidad/1502988327_789176.html>, Acceso en: 4 en. 2021

INFOLIBRE. *Le Pen pide el cierre de mezquitas y la prohibición de organizaciones islamistas tras los atentados.* Infolibre, 2015. Disponible en: < https://www.infolibre.es/noticias/mundo/2015/11/14/le_pen_pide_cierre_mezquitas_prohibicion_organizaciones_islamistas_tras_los_atentados_40856_1022.html, Acceso en: 13 nov. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. *Delitos sexuales según la nacionalidad.* 2017 Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28716#!tabs-tabla>, Acceso 4 ene. 2021

LA VANGUARDIA. *La islamofobia aparece tras los atentados de Barcelona.* La Vanguardia, 2017. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20170818/43630483870/actos-islamofobia-atentado-barcelona.html>, Acceso 15 nov. 2020

LIPPMAN, Walter. *La opinión pública.*C. Langre, 2003

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España.* 2018. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde>, Acceso 23 nov. 2020

MESEGUER, M. *¿Por qué atacar con furgonetas?.* La Vanguardia, 2017. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20170818/43628767340/porque-atacar-furgoneta-estado-islamico-barcelona.html>, Acceso en: 1 dic. 2020

MUDDE, Cas. *Populist Radical Right Parties in Europe.* Universidad de Georgia: Cambridge University Press, 2007

MUSULMANES CONTRA LA ISLAMOFOBIA. *Denuncia contra la cuenta de tuiter de VOX por manipulaciones racistas de un tuit.* 2020 Disponible en: <https://mcislamofobia.org/denuncia-tuiter-vox-manipulacion-racista-youtubers>, Acceso en : 10 ene. 2021

NAÏR, S. *Fascismo.* El País, 2015. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2015/01/09/actualidad/1420841347_088694.html>, Acceso 20 dic, 2020.

NAVARRO, Laura. *Contra el Islam : La visión deformada del mundo árabe en occidente.* Córdoba: Almuzara, 2008.

Nieto, E., 2017. *Caso aislado.* [En línea]
Available at: https://casoaislado.com/las-declaraciones-le-pen-dejan-claro-francia-luchara-islamismo/

OBSERVATORIO CONTRA LA ISLAMOFOBIA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 2020. Disponible en: <http://www.observatorioislamofobia.org/glossary/umma/>, Acceso 20 dic. 2020

OBSERVATORIO DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN ESPAÑA, *Directorio de lugares de culto*. 2019.

País, R. E., 2017. *Terroristas muertos.* [En línea] Available at: https://elpais.com/elpais/2017/08/17/opinion/1502994383_082737.html

PSOE. *Programa electoral elecciones 2004*. 2004. Disponible en:< https://www.psoe.es/transparencia/informacion-politica-organizativa/programa/>, Acceso 20 dic. 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española.* 2001.

SMITH, J. O., 2018. *Javier Ortega en Valencia.* [En línea] Available at: https://www.youtube.com/watch?v=UQsI32ZD8zE&t=2663s

VICENTE, Á. *Pesar y duelo en las mezquitas francesas*. El País, 2015. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2015/01/09/actualidad/1420840513_992484.html>, Acceso 20 nov.2020

VICENTE, Á. *"Unos pagaremos lo que hacen otros"*. El País, 2015. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2015/01/08/actualidad/1420750083_128888.html>, Acceso 20 nov.2020

VOX. *100 medidas para la España viva.* 2019. Disponible en: <https://www.voxespana.es/wp-content/uploads/2019/04/100medidasngal_101319181010040327.pdf>, Acceso 1 dic. 2020.

WIEVIORKA, M. *Francia: el impacto terrorista.* El País, 2015. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20150109/54423140426/francia-impacto-terrorista-michel-wieviorka.html>, Acceso 5 dic. 2020.

ZAPATERO, J.L.R. *Terror, memoria y solidaridad.* El Mundo, 2015. Disponibilidad en: <https://www.elmundo.es/internacional/2015/01/07/54ad9e5bca47419f098b4574.html> Acceso 5 dic.2020.

A SÉRIE "O MECANISMO" E AS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2018 NO BRASIL

Marlon Dai Prá
Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito
Soledade, Brasil
marlon.dp@gmail.com

Janaína Rigo Santin
Universidade de Passo Fundo, Mestrado em Direito e História
Passo Fundo, Brasil
janainars@upf.br

"Infeliz a nação que precisa de heróis."
(Brecht, 1977)

Resumo: Este artigo pesquisa os efeitos de uma série distribuída via *streaming* no cenário contemporâneo brasileiro, em ano eleitoral, de modo a compreender como pode impactar na formação da opinião pública. A partir do método estudo de caso e abordagem qualitativa, analisa-se o caso da série *O Mecanismo*, produzida e distribuída pela Netflix em março de 2018. Trata-se de uma obra de ficção criada com base em eventos reais, e por essa questão problematiza-se o contexto no qual a série foi lançada, ano das eleições presidenciais brasileiras, e seu potencial de influência nas escolhas eleitorais naquele período.

Palavras-Chave: Opinião Pública; Novas mídias; Netflix; Operação Lava Jato; Eleições.

Abstract: This article investigates the effects of a streaming series in the contemporary Brazilian scenario in an election year, in order to understand how it can impact the formation of public opinion. Using the case study method and qualitative approach, we analyze the case of the series The Mechanism, produced and distributed by Netflix in March 2018. It is a work of fiction created based on real events, and for that reason we problematize the context in which the series was launched, year of brasilian presidential elections, and its potential to influence electoral choices in that period.

Key-words: Public Opinion; New media; Netflix; The Lava-Jato Operation; Elections.

INTRODUÇÃO

Em um cenário permeado por inúmeras plataformas de produção e compartilhamento de conteúdo, a quantidade de informação aumenta gradativamente na vida das pessoas. Neste contexto, torna-se imprescindível saber filtrar o que é verdadeiro e o que é falso, especialmente em termos de notícias falsas que, muitas vezes, têm o propósito de distorcer fatos e opiniões, e não de informar efetivamente. Mas se engana quem pensa que tal prática se restringe exclusivamente à "enxurrada" de *fake news* que se prolifera em progressão geométrica nas redes sociais, disseminadas sem que haja o mínimo questionamento por parte de quem as compartilha em seus perfis no Facebook, Instagram ou grupos no WhatsApp. Materiais de cunho duvidoso também se manifestam através de diferentes canais de entretenimento, como filmes, séries e programas de TV que, por trás das histórias que prendem o público, buscam, acima de tudo, difundir os ideais de quem as financia. Essa realidade já se fazia presente em programas sensacionalistas da TV aberta, nos quais alguns discursos de ódio são enaltecidos, de modo a multiplicar e legitimar este tipo de ideologia diante da desinformação dos telespectadores. Mas neste século XXI, em especial em face à pandemia do Coronavírus, onde medidas de isolamento social fizeram com que todos tivessem que ficar em suas casas por um longo período de tempo, nunca houve tanto consumo de informação e entretenimento por meios eletrônicos, tanto por meio da TV aberta, canais de TV por assinatura, redes sociais, programas de internet e, principalmente, plataformas de distribuição audiovisual via *streaming*.

Neste sentido, observa-se o caso envolvendo a série "O Mecanismo"[1], exibida pela Netflix[2], cuja primeira temporada foi lançada mundialmente no dia 23

[1] Série criada por José Padilha e Elena Soarez, inspirada na operação Lava Jato.

[2] Plataforma de distribuição de audiovisual via *streaming* (de forma instantânea através da internet). Importa ressaltar, conforme Silva (2014, p. 242-243), que "enquanto o número de assinantes de TV a cabo nos Estados Unidos vem diminuindo – numa média de um milhão a cada ano – os números dos serviços de *video on demand* (VOD) só aumentam. Em meados do ano passado, o Hulu Plus alcançou a marca de dois milhões de assinantes, enquanto o Netflix, maior e mais internacionalizado desses serviços, já alcançou quase 30 milhões de assinantes, dos quais 25 milhões estão nos Estados Unidos, e o restante nos demais países onde o serviço é oferecido, incluindo o Brasil. Boa parte do que é disponibilizado para streaming nesses serviços são programas de televisão – a outra parte, obviamente, é de filmes –, e não apenas séries, mas também programas esportivos, reality shows, documentários, programas infantis

de março de 2018. A série, que conta com oito episódios em sua temporada inicial, gerou uma ampla discussão, especialmente no meio digital. E nesse aspecto, pode-se afirmar que as redes sociais vem sendo palco de muitos debates contemporâneos acerca de diversos assuntos, nas quais as pessoas manifestam diferentes pontos de vista, mesmo com pouco ou nenhum conhecimento acerca dos assuntos abordados. Nesse contexto, nunca o fenômeno político foi tão debatido, verificando-se em grande medida opiniões extremistas, divididas entre direita e esquerda, e pautadas em temas específicos como, por exemplo, a questão da corrupção.

Desta forma, cabe aqui analisar a série "O Mecanismo", sem classificar a proposta com uma visão maniqueísta, mas, especificamente, abordando o caso em questão de modo a tornar mais transparente o poder da mídia no processo de formação da opinião pública, em especial nas eleições presidenciais brasileiras de 2018. Tenciona-se problematizar a maneira como um produto audiovisual, como a aqui analisada série "O Mecanismo", pode influenciar na opinião pública. Para nortear este processo será utilizado o método de estudo de caso, abordado por Robert Yin (2001, p. 32) como uma análise que "investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real", trazendo a série para o centro da discussão, acompanhada de sua repercussão em um período bastante tumultuado para a história do Brasil.

Para conduzir a análise de modo mais objetivo, o texto será dividido em diferentes momentos, os quais têm a finalidade de tornar mais transparentes alguns pontos que, às vezes, não são facilmente percebidos pelo público em geral. Se partirá de uma breve análise da mídia de massa, passando pela internet e o poder da interatividade para, após, estudar como se dá o consumo de informação nos moldes atuais, abordando a Netflix como produtora e distribuidora de conteúdo audiovisual. Ao final, tenciona-se analisar a série em questão, de modo a situar o leitor em meio a um debate mais amplo, que diz respeito ao consumo midiático em forma de informação e entretenimento e a maneira como tais conteúdos podem moldar opiniões de acordo com os interesses de quem financia a sua produção. As considerações finais mostram como os elementos observados ao

e de entrevista. O cenário atual, portanto, é de ampliação das formas de produção e consume audiovisual, e embora a TV ainda esteja consolidada no modelo tecnológico de transmissão de sinal, o que implica uma experiência dominantemente nacional e em fluxo, o que chamamos aqui de cultura das séries é resultado dessas novas dinâmicas espectatoriais em torno das séries de televisão, destacadamente, as de matriz norte-americana."

longo da pesquisa podem interferir na formação da opinião pública, assim como a maneira com a qual isso deve ser ponderado.

1. A Mídia de Massa no Contexto Contemporâneo

A presença da mídia na vida das pessoas não é algo recente. Observa-se, ao longo da história, a relação do público com diferentes tipos de conteúdo e em diferentes suportes, de acordo com os recursos de cada período. O grande avanço nesta área se deu com o advento da prensa tipográfica de Gutenberg, a qual permitiu a produção e reprodução de material impresso. Com o passar do tempo, além da mídia impressa (livros, jornais, revistas), novas plataformas deram vida a novas possibilidades de difusão de conhecimento, informação e entretenimento, como o rádio e o cinema, seguidos pela TV (e com ela o vídeo e demais meios que transformaram o consumo de audiovisual, seja pelos canais de TV por assinatura ou pelo aluguel de filmes em VHS, DVD e Blue Ray). No entanto, em meio a essa evolução dos recursos midiáticos, desde seus suportes iniciais até o surgimento de novas linguagens e estéticas, a internet caminhava rumo a um patamar mais elevado, mostrando-se pouco a pouco uma plataforma multimidiática capaz de abrigar conteúdos característicos de todos os meios anteriores (como textos, fotografias, informação, músicas, filmes, etc.) e ainda conteúdos híbridos (Manovich, 2013), que apresentam características de outros meios mas se fundem neste novo espaço virtual, e têm suas particularidades.

Diferentemente do que se imaginava ao utilizar a internet na década de 1990, hoje a diversidade de conteúdo e funções atribuídas a este universo aumentam constantemente à medida em que novos recursos são criados. Muito além de enviar e receber mensagens, a internet pode ser encarada como algo maior do que uma simples plataforma de comunicação, e sim, de acordo com Pierre Lévy (2002, p. 29), como um novo espaço público. Neste contexto, destaca-se a possibilidade de haver neste meio, além de um conjunto de características particulares a outras mídias, uma linguagem e uma lógica próprias. Trata-se de um novo espaço público plural, diversificado, aberto, dinâmico, complexo e multifacetado, o qual é capaz de democratizar o acesso a estes recursos, dando vez, voz e novas ferramentas ao público que, até pouco tempo, estava restrito apenas a um comportamento passivo frente aos veículos de comunicação: receber notícias ou entretenimento, mas, de regra, não participar ativamente deste processo.

Em meio à evolução da mídia e ao uso das novas tecnologias de comunicação e informação, percebe-se que a maneira como as notícias e o entretenimento são encarados por quem os consome muda de forma considerável na contemporaneidade. A audiência não mais se limita a receber aquilo que lhe é imposto pelos grandes veículos de massa, mas passa a escolher e montar sua própria programação. Para Henry Jenkins (2009, p. 53), "o público, que ganhou poder com as novas tecnologias e vem ocupando um espaço na intersecção entre os velhos e os novos meios de comunicação, está exigindo direito de participar intimamente da cultura". Ou seja, através da internet o público abandona o papel de mero espectador e passa a ocupar um espaço central e ativo no processo, e isso muda de forma drástica a relação de produção e consumo de mídia. Diante deste contexto, conforme observa Manuel Castells, "Como a cultura é mediada e determinada pela comunicação, as próprias culturas, isto é, nossos sistemas de crenças e códigos historicamente produzidos são transformados de maneira fundamental pelo novo sistema tecnológico e serão ainda mais com o passar do tempo". (2010, p. 414)

Observa-se, assim, que as mudanças são constantes, e os moldes do que se tem hoje sobre tecnologias de informação e comunicação serão diferentes em um futuro próximo, assim como se forem comparados os recursos contemporâneos com aqueles que estavam disponíveis há menos de uma década. Aquilo que até pouco tempo estava restrito a algumas pessoas, como o simples uso de um aparelho celular, hoje se torna acessível a uma parcela crescente da população. No Brasil, conforme dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 2018, "a parcela das residências em que havia aparelho celular alcançou 93,2%. Da população com 10 anos ou mais de idade, 79,3% tinha telefone móvel celular para uso pessoal." Quanto ao uso da internet, em 2018 os dados revelam que "a Internet era utilizada em 79,1% dos domicílios brasileiros. Um crescimento considerável, se comparado ao ano de 2017 (74,9%)." Quanto aos objetivos do uso da internet pelos brasileiros, "o envio e recebimento de mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos (não e-mail) continua sendo o principal, indicada por 95,7% das pessoas com 10 anos ou mais de idade que utilizaram a rede." Por sua vez, as pessoas passam a conversar cada vez mais por chamadas de voz ou vídeo (88,1% dos entrevistados), bem como usam seus celulares para assistir vídeos, inclusive programas, séries e filmes (86,1% dos entrevistados); e, finalmente, usam dos seus telemóveis para enviar ou receber e-mail (63,2%). (IBGE, 2018)

No que diz respeito ao acesso aos mais diversos meios de comunicação, informação e *mass media*, além dos canais de TV abertos predominam outros modos de entretenimento fechados, como a TV por assinatura. Entretanto, cabe aqui ressaltar que os custos para manter uma TV por assinatura são relativamente altos. Nessa feita, a internet oferece outras opções, as quais, por um custo mensal mais baixo ou por vezes até gratuito, permitem que o usuário tenha acesso a outras formas de entretenimento. Assim, para mudar este contexto e permitir o acesso a diferentes conteúdos por preços mais acessíveis, os serviços de *streaming* mostram-se neste século XXI como alternativa bastante conveniente. Segundo João Martins Ladeira,

> Os serviços de streaming pela internet bem poderiam ser compreendidos como uma alternativa em choque com negócios já estabelecidos de audiovisual, especialmente os empreendimentos de TV por assinatura. Porém, a sequência de acordos entre redes, produtoras e distribuidoras de filmes e séries torna difícil aceitar esta interpretação. Outra leitura apresenta o streaming como uma forma de criar novos elementos na cadeia que compõe o ciclo de produtos do setor audiovisual. (2013, p. 158)

Empresas e serviços como Apple TV e Netflix, por exemplo, oferecem conteúdo audiovisual aos seus assinantes, os quais pagam mensalidades para desfrutar de conteúdo de boa qualidade (com áudio e vídeo em alta definição), de forma legal e gerando lucro aos estúdios envolvidos. Estas possibilidades vão, aos poucos, mudando a relação das pessoas com aquilo que consomem na internet. Torna-se mais cômodo e vantajoso para o usuário que, tendo condições de contratar tais serviços, venha a assistir seus filmes e séries preferidas em alta definição a um baixo custo, além de se evitar o download ilegal ou a pirataria.

Neste contexto, a emergência de diferentes títulos nos serviços de *streaming* é bastante notável, pois além de distribuir o que é produzido por estúdios já consagrados, a Netflix, por exemplo, veio para substituir as antigas locadoras de filmes, tornando-se uma referência no que se refere ao *streaming,* bem como também produz seus próprios filmes e séries originais, os quais são lançados com exclusividade em sua plataforma. Ademais, a Netflix possui características diferentes daquelas apresentadas por outros gigantes da tecnologia ou pelos canais de assinatura e pela televisão propriamente dita.

> Ao contrário do Facebook e do Google, a Netflix evitou as notícias e se ateve principalmente ao entretenimento. Isso a protegeu de escândalos sobre *fake news*, manipulação eleitoral e tribalismo político. E, ao contrário dessas duas plataformas baseadas em anúncios, seu modelo de negócios baseado em assinantes significa que a empresa não depende da venda de

> dados ou da atenção dos usuários para outras empresas. Em vez disso, oferece aos clientes uma troca simples: uma taxa mensal em troca do conteúdo que eles querem assistir. (The Economist, 2018, tradução nossa).

A empresa, que no terceiro trimestre de 2018 passou dos 137 milhões de usuários (Statista, 2020), não pode ter o seu poder subestimado. Com grandes vantagens em relação a outras plataformas, a Netflix se destaca por uma série de fatores. Nela, o assinante escolhe o que irá assistir, o momento que irá assistir e não é interrompido em nenhum instante por anúncios publicitários. Observa-se ainda, que a empresa utiliza os dados dos usuários para, a partir do uso de algoritmos, selecionar suas preferências por determinados estilos de filmes, assim como os títulos que já foram vistos, os títulos que desejam assistir, bem como sugere novos itens disponíveis no seu catálogo de forma bastante considerável, sempre conforme as preferências do usuário.

No entanto, há algo ainda mais relevante no que diz respeito a sugestões de conteúdo. A Netflix adota o método de colheita de informações sobre o usuário, as quais são repassadas por pessoas próximas a ele ou difundidas por influenciadores, que ao se apresentar em canais específicos que tratam sobre audiovisual, dão ainda mais credibilidade ao conteúdo que será visto. Com relação ao conteúdo, cabe observar que quando se trata de uma cultura popular, os moldes em que os produtos são produzidos são muito importantes para que sejam bem recebidos por parte do público, que se sente mais próximo da realidade que consome do que da qual, de fato, se insere, de acordo com Joke Hermes:

> Para a maioria de nós, produtos culturais populares (séries de televisão, *thrillers*, revistas, música pop) são muito mais reais do que a política nacional. Na vida cotidiana, nossos laços e sentimentos de pertencimento frequentemente se relacionam mais fácil e diretamente com a cultura popular (global) do que com questões de governança nacional ou local. (2005, p.1, tradução nossa).

Sendo assim, quando algo que está nos noticiários locais se torna o centro do debate, e passa a ser apresentado em um produto audiovisual produzido e distribuído por um canal de *streaming* em alcance internacional, o conteúdo ali mostrado torna-se mais interessante aos olhos da maioria do que os fatos em si. Neste contexto, a seguir será analisada a série "O Mecanismo", e o seu enredo ficcional permeado por pequenos traços de realidade presentes no meio

jornalístico sobre a Operação Lava Jato[3], os quais conferem ao espectador "desatento" a ideia de que está sendo informado da mesma forma, em ambos os lados.

2. A Série "O Mecanismo", da Netflix

Veja-se: "Este programa é uma obra de ficção inspirada livremente em eventos reais. Personagens, situações e outros elementos foram adaptados para efeito dramático."[4] É assim, após a vinheta da Netflix e com pequenas letras brancas em uma tela preta, que começa cada um dos oito episódios da primeira temporada de "O Mecanismo". Ao avisar o espectador sobre a semelhança do que será exibido dali em diante com a temática e os fatos reais exibidos nos telejornais da época, os produtores se isentam da responsabilidade referente àquilo que será retratado na série. Desta forma, tudo o que for ali mostrado está protegido sob este escudo da ficção e, consequentemente, livre de quaisquer irregularidades.

No entanto, é importante lembrar que no contexto político no qual a séria foi lançada, os ânimos da população, dividida entre esquerda e direita, estavam muito exaltados, e com isso a linha que separa realidade de ficção, neste caso específico, diante de muitos espectadores cegados por sua ideologia política, passam a ter sua capacidade de discernimento entre o que é fato e o que é recurso dramático atenuada. Primeiramente, nem todos os espectadores têm ciência dos fatos ali representados para conseguir separar os *eventos reais* daquilo que foi adaptado para *ficção*, o que faz com que boa parte do público acredite no discurso da série, que é inspirada na Operação Lava Jato, "a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil" (Ministério Público Federal,

[3] "No início do ano de 2014, um esquema de corrupção veio à tona no Brasil quando uma força-tarefa, a Lava-Jato, foi instituída pela Justiça Federal de Curitiba para investigar quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, descobrindo um esquema de corrupção em curso há mais de 10 anos, envolvendo a Petrobras. [...] Segundo balanço divulgado pelo Ministério Público Federal, atualizado no dia 07 de novembro de 2016, os números da operação após 37 fases da operação apontam, em primeira instância, para: 70 acordos de delação premiada com pessoas físicas, seis acordos de leniência firmados e um termo de ajustamento de conduta, pedidos de ressarcimento (incluindo multas) no valor total de R$38,1 bilhões, recuperação (através de acordos e bens bloqueados) de R$3,1 bilhões dos R$6,4 bilhões pagos em propinas, e 118 condenações, contabilizando até o momento 1256 anos, 6 meses e 1 dia de pena." (Gomes e Medeiros, 2019)

[4] Créditos iniciais da série O Mecanismo.

2020), como uma verdade absoluta. Ou seja, para muitos espectadores, que não têm o hábito de questionar o que estão vendo e que não buscam diferentes fontes de informação, a série pode ser encarada como um retrato fiel da conjuntura da época, afinal, aqueles traços de realidade ali presentes já são suficientes para endossar o discurso anticorrupção (e anti PT) para aquela parcela da audiência que não conhece a fundo a investigação e os acontecimentos recentes na história do país. Aqueles que não conhecem esta realidade, ou conhecem de forma bastante superficial e maniqueísta, não irão questionar o conteúdo da série. Irão, ao contrário, se identificar com o seu discurso, o qual, do ponto de vista da ficção, não tem problema algum.

No entanto, ao tratar de um tema de grande importância no cenário nacional, a série, da maneira como foi conduzida, em seus oito episódios iniciais, despertou muitas críticas justamente por se apropriar de elementos presentes no meio jornalístico e fazer novos recortes, dando um novo enquadramento àquilo que já faz parte de um espetáculo midiático. Tal prática pode ser exemplificada através da apropriação das palavras do senador Romero Jucá pelo personagem de João Higino (interpretado por Arthur Kohl que, na série, visa representar o ex-presidente Lula). A este respeito, após o lançamento da série, a ex-presidente Dilma Rousseff (2018) manifestou-se imediatamente:

> Na série de TV, o cineasta ainda tem o desplante de usar as célebres palavras do senador Romero Jucá (PMDB-RR) sobre "estancar a sangria", na época do impeachment fraudulento, num esforço para evitar que as investigações chegassem até aos golpistas. Juca confessava ali o desejo de "um grande acordo nacional". O estarrecedor é que o cineasta atribui tais declarações ao personagem que encarna o presidente Lula.

Ou seja, ao pinçar uma fala real de autoria do senador Romero Jucá (que visava boicotar a operação Lava-Jato), amplamente divulgada pela mídia nacional, teve seu contexto desvirtuado na série, atribuindo tal fala paradigmática ao personagem que representava claramente o ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Além da apropriação deste fragmento e a desvirtualização de sua origem, outros pontos da série foram muito polêmicos, e repercutiram de forma bastante ampla, especialmente nas redes sociais. Os personagens, apesar dos nomes fictícios, podem ser facilmente relacionados às pessoas que os inspiraram (Leonardi; Versignassi e Fernandez, 2018). Marco Ruffo (interpretado por Selton Mello), remete a Gerson Machado (delegado que investigou denúncias de corrupção cometidas por Alberto Youssef no Banestado, mas aposentou-se antes da Lava Jato). Verena Cardoni (Carol Abras) foi inspirada em Erika Marena, delegada da

polícia federal que nomeou a Operação Lava Jato. O juiz Paulo Rigo (Otto Jr.) deixa transparecer estar representando o juiz Sério Moro, que encara na série a figura de herói, contaminado pelos holofotes. Roberto Ibrahim (Enrique Díaz) é o doleiro Alberto Youssef, visto como uma das peças-chave da Operação Lava Jato. João Pedro Rangel (Leonardo Medeiros) é Paulo Roberto Costa (ex-diretor da Petrobras, mostrada na série sob o nome de Petrobrasil). Janete Ruskov (Sura Berditchevsky) remete à ex-presidente Dilma Rousseff. João Higino (Arthur Kohl) representa o ex-presidente Lula. Samuel Thames (Tonio Carvalho) aparece como Michel Temer. Lúcio Lemes (Michel Bercovitch) faz alusão a Aécio Neves. Ricardo Bretch (Emílio Orciollo Netto) é mostrado como Marcelo Odebretch. O Partido Operário (PO), como é mostrado na série, simboliza o Partido dos Trabalhadores (PT), e as empresas Bueno Engenharia, Miller & Bretch, TCG, OSA, Estruturax e Carvalho Correa representam, respectivamente, as empreiteiras acusadas de corrupção Galvão Engenharia, Odebretch, UTC, OAS, Toyo Setal e Camargo Correa.

Observa-se assim que, mesmo por trás da ficção, há elementos na série que remetem diretamente à realidade; no entanto, a forma com ali a realidade é retratada desperta questionamentos. Novamente cabe destacar que a ficção pode se apropriar da realidade, contudo deve-se questionar se a proposta da série foi, de fato, produzir um efeito dramático e de entretenimento ou se, ao contrário, houve o interesse em distorcer os fatos. Acima de tudo, deve-se questionar como o público, de modo geral, enxerga a realidade ofuscada pela ficção. Neste sentido, Juremir Machado da Silva (2018), em sua análise sobre a série, destaca que "a ficção pode distorcer a realidade à vontade, mas pode ser cobrada por isso quando, ao mesmo tempo, finge reproduzir essa realidade."

É necessário, portanto, salientar a importância de uma análise minimamente crítica sobre o conteúdo midiático de modo geral, seja de cunho jornalístico ou de entretenimento, para evitar que opiniões distorcidas confundam, manipulem ou induzam a opinião pública. Nesse sentido foi o comentário da ex-presidente Dilma Rousseff (2018) em sua manifestação em relação à série, que salienta o seu "respeito à liberdade de expressão e à manifestação artística. Há quem queira fazer ficção e tem todo o direito de fazê-lo. Mas é forçoso reconhecer que se trata de ficção". Ou seja, pela sua manifestação, ressalta-se o alerta de que é preciso impedir que a ficção se faça passar por realidade, com o intuito de manipular a opinião do telespectador.

No que tange à série em si, cabe lembrar que o seu pano de fundo é, de forma generalizada, a corrupção. Ao abordar este tema e a forma como ele assola o país, a série conquistou uma grande parcela de espectadores, cansados de ouvir falar a respeito do assunto corrupção diuturnamente no noticiário nacional, mas que não conseguem ver uma solução para este problema. Estas pessoas são aquelas que acusam a classe política, quase que em sua totalidade, pela corrupção. No entanto, não percebem que este problema está bastante arraigado à sociedade, em um sentido muito mais amplo. Inicia na base de uma pirâmide, com as pequenas corrupções diárias cometidas pelo cidadão comum, como sonegar impostos, não respeitar uma fila ou a vaga reservada para idosos ou deficientes, e tem no seu topo o alto escalão dos representantes do povo, os quais ganham mais notoriedade neste contexto por serem alvos frequentes da mídia em função de grandes desvios de verbas, de obras superfaturadas, de uso de dinheiro ilícito em campanhas eleitorais, etc.

A série aponta para estes fatores, obviamente, mas também faz um convite ao público para repensar a questão da corrupção no dia a dia, quando em um episódio o personagem Marco Ruffo, delegado, precisa contratar um profissional para resolver um problema de esgoto em frente à sua casa. O problema em questão deveria ser solucionado sem custo nenhum pela companhia de saneamento, tendo em vista que era externo à propriedade do delegado. No entanto, no episódio em questão, Marco Ruffo recebe a indicação de um profissional autônomo para executar esta tarefa e este, por sua vez, cobra um valor muito acima do esperado. Para justificar o alto custo, explica que este envolve o valor do material, do seu serviço, a gorjeta que dará ao seu ajudante (que é seu neto, menor de idade) e a comissão que terá que pagar para o funcionário da empresa de saneamento que indicou os seus serviços. A partir deste momento a questão da corrupção, que é mostrada na série como uma grande engrenagem neste sistema (a qual normalmente é relacionada a uma elite que envolve doleiros, empreiteiras, empresas estatais e representantes políticos), passa a ser trazida para uma realidade mais próxima do espectador, em uma situação comum, de modo a ilustrar a dimensão deste problema, mais presente do que se imagina. Enquanto muitas pessoas criticam os políticos pelo mau uso do dinheiro público, elas esquecem que, em uma proporção diferente, podem estar sendo tão corruptas quanto eles.

O discurso anticorrupção toca o público de uma forma bastante evidente. É um discurso que conquista eleitores, especialmente aqueles que,

desesperançados, acreditam na figura de um "salvador da pátria", um "justiceiro" capaz de livrar, de uma vez por todas, o país deste problema que o assola ao longo dos séculos. Porém, é preciso perceber que o famoso "jeitinho brasileiro", por vezes, pode mascarar pequenas atitudes de corrupção entranhadas no tecido político, social e econômico, e que uma pessoa não conseguirá, sozinha, livrar o país da corrupção.[5] No entanto, este discurso atrai a atenção e conduz o olhar para um ponto específico, de modo a deixar outros elementos de grande importância em segundo plano.

Para criar este laço com o público descrente da política, especialmente pela forma sensacionalista com que a corrupção é abordada por alguns veículos midiáticos, a série traz o delegado Marco Ruffo como um homem que leva uma vida normal, que tem problema reais, mas ao mesmo tempo se esforça em curar o "câncer" (como ele mesmo chama) que é a corrupção, descrita em sua fala cansada — um dos recursos utilizados para ressaltar esta relação.

O ataque à corrupção estatal não é novidade na obra de José Padilha. O diretor também traz este enfoque nos filmes "Tropa de Elite 1 e 2", que foram sucesso de bilheteria (e pirataria) no Brasil. Ambos são centrados na figura de uma espécie de justiceiro, que ganha vida através do personagem do Capitão Nascimento (Wagner Moura). Retorna-se agora ao início do ano de 2018, período em que a série "O Mecanismo" foi lançada, um ano de eleições presidenciais onde a incerteza política pairava sobre o cenário nacional. Os candidatos à Presidência da República no segundo turno eram Fernando Haddad (do PT- Partido dos Trabalhadores) e Jair Messias Bolsonaro (pelo PSL – Partido Social Liberal, na coligação BRASIL ACIMA DE TUDO, DEUS ACIMA DE TODOS). No decorrer deste ano de 2018 diferentes acontecimentos (desde manifestações populares em todo o país, que deixavam muito clara a divisão política de então, até a facada que vitimou o então candidato Bolsonaro) marcaram o cenário político que antecedia as "mais polarizadas eleições desde a redemocratização." (Valente, 2018).

Neste contexto, destaca-se um envolvimento bastante ativo por parte da população no que se refere à circulação de informações nas redes sociais sobre os candidatos, em uma série de ataques de um lado a outro, e, claro, da distribuição em massa de informação falsa. Havia, de um lado, o Partido dos Trabalhadores e,

[5] Para maior aprofundamento sobre o patrimonialismo na gestão pública brasileira ver: (Santin e Favretto, 2017) e (Santin e Cardoso, 2016).

do outro, um conjunto de pessoas e fatores contrários ao PT, de modo em que a racionalidade saiu de cena e o papel do cidadão foi confundido por muitos eleitores com o de um torcedor de um time de futebol que odeia o adversário.

3. O cenário político brasileiro

O ano de 2018 foi profícuo na disseminação massiva de informações falsas, as chamadas *fake news*, através de redes sociais (Toledo, 2018). Às vésperas da eleição presidencial de 2018 os ataques, de ambos os lados nesta polarização direita x esquerda, foram bastante "baixos" e extremados, e a "avalanche" de notícias falsas prejudicou em grande medida a deliberação popular, já que muitas pessoas sem maior grau de instrução ou mesmo de conhecimento político recebiam nas redes sociais uma infinidade de informações e, conforme se identificavam com elas, repassavam em seus grupos sociais sem maior questionamento dos dados ali presentes. Deixou-se a racionalidade em segundo plano, para apelar para argumentos e notícias falsas que beiravam a infantilidade, mas sempre baseados em alguns fragmentos de verdade. Desta forma, o uso de elementos reais, de falas, de imagens e discursos utilizados fora de seus contextos originais, distorcidos, falseados e manipulados, ganhou novos contornos e produziu grandes ruídos, capazes de influenciar o voto de muitos eleitores.

Para compreender a gravidade do problema é preciso analisar alguns dados que evidenciam os desafios enfrentados por um público muitas vezes despreparado para lidar com a informação digital. Atualmente, há cerca de 120 milhões de usuários mensais do WhatsApp ativos no Brasil (AGRELA, 2019). O aplicativo, que pertence ao Facebook, oferece muita praticidade àqueles que o utilizam, indo muito além de uma simples ferramenta de troca de mensagens. A plataforma permite o envio de documentos, notícias, vídeos, imagens, e simplifica muitas atividades rotineiras, de uma forma bastante simples e dinâmica. Contudo, há um dado alarmante neste contexto, o qual revela que para uma grande parcela dos usuários brasileiros, o WhatsApp é a principal fonte de informação (VALENTE, 2019).

Neste sentido, é fundamental observar que há, sim, muita informação de qualidade que circula através do aplicativo. No entanto, a desinformação é muito maior, devido à falta de controle sobre tudo aquilo que é compartilhado e, especialmente, quando se trata de um público que carece de uma educação de qualidade desde a sua base. Conforme dados do IDH (Índice de Desenvolvimento

Humano) divulgados pela ONU (Organização das Nações Unidas), o Brasil recuou da 79ª posição em 2018 para a 84ª posição em 2019 (CNNBRASIL, 2020). A falta de avanços na educação brasileira é o motivo desta baixa colocação no ranking dos países avaliados (150 países), já que os dados demonstram que os brasileiros ficam na escola em uma média de apenas 8 anos em toda sua vida. Já os dados do PISA (Programa Internacional de Avaliação dos Alunos) de 2019 revelam que, dos países avaliados, o Brasil está em 57° em leitura. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019)

No que diz respeito a isso, e no contexto analisado, destaca-se que

> A eleição de Bolsonaro foi um fenômeno bem complexo sob o prisma do papel das redes sociais. Consideramos esse caso uma convergência de diversos fatores, que se originam no forte hábito de uso de telefonia celular, mas que passam por sua conta no Facebook, pela autenticidade do candidato, pela capacidade de disseminação de conteúdo via WhatsApp e até mesmo pela dificuldade que os brasileiros têm de lidar com fake news (MOURA, 2019).

A falta de investimento na educação e, em decorrência, o despreparo dos cidadãos brasileiros para lidar com a informação se mostram como grandes problemas. Um público que não questiona aquilo que recebe como verdade é um público vulnerável, pois ao acreditar na distorção dos fatos passa a aceitá-los e a endossá-los. Neste aspecto, cabe chamar a atenção para a série O Mecanismo como um exemplo bastante claro: aqueles que desconhecem os fatos da vida real e não possuem um grau de educação capaz de fomentar o pensamento crítico podem confundir o que está sendo exposto de forma ficcional como um discurso político – neste caso um discurso anticorrupção, um discurso anti-PT.

Dessa forma, na série O Mecanismo há certa distorção da realidade, todavia sob a proteção da ficção, ao contrário das *fake news* que são, resumidamente, mentiras tentando se passar por verdades. Os elementos trazidos pela série são parte de uma obra ficcional com traços de realidade, ou seja, elementos verdadeiros, reposicionados em um discurso artificial, com propósito voltado ao entretenimento. O que deve ser considerado, contudo, é que especialmente diante daquela conjuntura de um processo eleitoral bastante polarizado e repleto de notícias falsas, e em especial diante de um público com baixo grau de instrução, que se baseia em informações distribuídas por redes sociais e não por veículos confiáveis, todo tipo de conteúdo demanda muito mais cuidado. Por este motivo, como salienta Eliane Brum (2019, p. 10), "o maior desafio do Brasil de hoje é devolver a verdade à verdade". É preciso que haja maior

comprometimento com a informação de modo geral, tanto por parte do emissor quando por parte do receptor.

CONCLUSÃO

A pluralidade de opiniões é algo enriquecedor, e deveria ser motivo de comemoração em um regime democrático. No entanto, o que se observa é a vontade, muitas vezes mal intencionada, de algumas pessoas ou grupos políticos e econômicos que detêm alguns meios de comunicação e informação, em querer por meio deles controlar ou manipular a opinião pública. Tal prática se observa em diferentes aspectos e diferentes esferas da sociedade, e quando se trata de um ano eleitoral, como foi 2018, observa-se de modo mais evidente.

Ao se utilizar de uma série de ficção, que se inspira em fatos já ocorridos na política brasileira, porém com posições muitas vezes invertidas da realidade, percebe-se como podem ser sutis as manipulações midiáticas, prejudicando tanto à saúde da democracia quanto o direito de livre formação individual do pensamento. São mensagens que agem em um nível quase subliminar, capazes de interferir nas manifestações genuinamente livres, como devem ser as eleições e o direito ao sufrágio universal. É uma falsa simbologia de elementos, que pode gerar novas crenças e ideologias, formadas a partir da distorção da realidade.

No debate político, as informações devem ser capazes de fornecer os elementos para que todos possam formar uma opinião verdadeira, não distorcida, porque se baseiam em fatos objetivos. Cada um interpreta os fatos e forma sua própria convicção a partir deles. Por certo, não é possível formar uma opinião verdadeira quando não se tem uma verdade factual, e o que é pior, quando a realidade é apresentada de maneira distorcida.

Diante do que foi analisado nesta pesquisa a partir da série "O Mecanismo", é possível perceber os recursos que possibilitaram distorcer, na época de sua transmissão, discursos e moldar opiniões. O que é apontado aqui não trata de uma tentativa de estabelecer o que é certo ou errado, mas uma forma de chamar atenção para o fato de que as informações que circulam em diferentes meios podem trazer consigo o interesse de quem as produz e, a partir deles, induzir o pensamento e o comportamento do expectador.

Além disso, com o resultado as eleições de 2018, na qual foi observada de forma bastante contundente a presença dos meios digitais, em especial o

WhatsApp como fonte de informação (em especial informação falsa), é possível compreender o caráter de urgência no que se refere ao combate à desinformação. No entanto essa não é uma tarefa fácil. Salienta-se a necessidade de uma postura mais crítica por parte do público em geral, para que saiba filtrar aquilo que recebe e analisar de forma mais crítica e contestadora estas "verdades" às quais é apresentado.

É importante valorizar a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão; no entanto, é fundamental exigir que haja responsabilidade e honestidade com o conteúdo que se produz e, acima de tudo, com o público que o consome. Importa destacar a necessidade de um olhar voltado à base de um problema que se manifestou: a capacidade de diferenciar realidade de ficção e, consequentemente a capacidade de discernimento fundamental para filtrar os fatos e as mentiras. Não se trata simplesmente de uma questão de opinião, e sim de formar um público capaz de analisar criticamente as informações que recebe, de modo a não ser alvo de possíveis distorções. Deste modo, é cada vez mais crucial o papel da educação, não apenas na formação de alunos, mas acima de tudo de cidadãos críticos, aptos a encarar os fatos e questionar o que os cerca.

Mesmo que a relação das pessoas com os mais diversos conteúdos consumidos através da internet seja cada vez mais comum na atualidade, é necessário que haja cautela. O fato de poder receber informações diversas não significa que todas são coerentes, verdadeiras e confiáveis. Da mesma forma, o fato de que todos podem produzir e enviar mensagens diversas não significa que todos devem fazer isso – especialmente quando tais informações são inverídicas e infundadas. É preciso ter consciência de que o conteúdo recebido pode estar corrompido e, mais importante, é preciso ter consciência de que o seu compartilhamento pode prejudicar outras pessoas.

REFERÊNCIAS

AGRELA, Lucas. Este é o hábito mais comum dos brasileiros no WhatsApp. Exame. 08 out. 2019. Disponível em: < https://exame.com/tecnologia/este-e-o-habito-mais-comum-dos-brasileiros-no-whatsapp/>. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRECHT, Bertolt. *A Vida de Galileu*. São Paulo: Abril, 1977.

BRUM, Eliane. Brasil, construtor de ruínas: um olhar sobre o Brasil, de Lula a Bolsonaro. Porto Alegre: Arquipélago Editora, 2019.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CNN BRASIL. Brasil cai cinco posições e agora é o 84º no ranking de IDH da ONU. 15 de dezembro de 2020. Disponível em: < https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/15/brasil-cai-cinco-posicoes-e-agora-e-o-84-no-ranking-de-idh-da-onu>, Acesso em 19 dez. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil é 57º do mundo em ranking de educação; veja evolução no Pisa desde 2000. 3 dezembro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/12/brasil-e-57o-do-mundo-em-ranking-de-educacao-veja-evolucao-no-pisa-desde-2000.shtml>, Acesso em 19 dez. 2020.

GOMES, Túlio Gonçalves; MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. Construindo e desconstruindo escândalos de corrupção: a operação Lava-Jato nas interpretações da Veja e Carta Capital. *Organizações & Sociedade,* Salvador, v. 26, n. 90, p. 457-485, set. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302019000300457&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 02 ago. 2020. https://doi.org/10.1590/1984-9260904.

HERMES, Joke. *Re-reading popular culture*. Malden: Blackwell, 2005.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *IBGE Educa***:** uso de internet, televisão e celular no Brasil. 2018. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/2697-ie-ibge-educa/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em 2 ago. 2020.

JENKINS, Henry. *Cultura da convergência.* São Paulo: Aleph, 2009.

LADEIRA, João Martins. Negócios de audiovisual na internet: uma comparação entre Netflix, Hulu e iTunes-AppleTV, 2005-2010. *Revista Contracampo,* Niterói: v. 26, n. 1, p.145-162, 2013. DOI: <https://doi.org/10.22409/contracampo.v0i26.247>. Acesso em 15 ago. 2020.

LEONARDI, Ana Carolina, VERSIGNASSI, Alexandre, FERNANDEZ, Sofia. O Mecanismo: mapeamos todas as referências que você não percebeu. *Super Interessante,* 21 mar. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/cultura/o-mecanismo-mapeamos-todas-as-referencias-que-voce-nao-percebeu/>. Acesso em 21 nov. 2018.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia.* Lisboa: Editions Odile Jacob, 2002.

MANOVICH, Lev. *Software takes command.* USA: Bloomsburry Academic, 2013.

MECANISMO, O. Primeira temporada. Criação José Padilha e Elena Soarez. Série original Netflix. S.l.: Zazen Produções Media Rights Capital; Panic Pictures, 2018. 342 min, son., col. Série exibida pela Netflix. Acesso em: 23 mar. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes Casos. Caso Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 02 ago. 2020.

MOURA, Maurício. A eleição disruptiva: por que Bolsonaro venceu. Rio de Janeiro: Record, 2019. recurso digital.

ROUSSEFF, Dilma. O mecanismo de José Padilha para assassinar reputações. 25 mar. 2018. Disponível em: <http://dilma.com.br/o-mecanismo-de-jose-padilha-para-assassinar-reputacoes/>. Acesso em 25 mar. 2018.

SANTIN, Janaína Rigo; FAVRETTO, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo. *Direito, Estado e Sociedade***,** n. 50, p.126-148, 2017. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/551>. Acesso em 02 ago. 2020.

_____, Janaína Rigo; CARDOSO, Leonardo. Nepotismo e Práticas Clientelísticas: uma visão histórica do Poder Local no Brasil. *Estudios Históricos (Rivera),* ano VIII, v.16, p.1-17, jul. 2016. Disponível em: <http://www.estudioshistoricos.org/16/eh1611.pdf>. Acesso em 02 ago. 2020.

STATISTA. Number of Netflix streaming subscribers worldwide from 3rd quarter 2011 to 3rd quarter 2018 (in millions). Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/250934/quarterly-number-of-netflix-streaming-subscribers-worldwide/>. Acesso em 14 dez. 2018.

SILVA, Juremir Machado da. O mecanismo, artefato ideológico. *Correio do Povo,* 27 mar. 2018. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/2018/03/10757/o-mecanismo-artefato-ideologico/>. Acesso em: 03 de abril 2018.

SILVA, Marcel Vieira Barreto. Cultura das Séries: forma, contexto e consumo de ficção seriada na contemporaneidade. *Galaxia (São Paulo, Online),* n. 27, p. 241-252, jun. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-25542014115810>. Acesso em 15 ago. 2020.

THE ECONOMIST. Can Netflix please investors and still avoid the techlash? Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2018/06/28/can-netflix-please-investors-and-still-avoid-the-techlash>. Acesso em: 28 jun. 2018.

TOLEDO, José Roberto de. Deu no celular: fim do lulismo, campanha via smartphone e a era da desinformação, *Folha UOL,* 18 out. 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/deu-no-celular/>. Acesso em 26 out. 2018.

VALENTE, Jonas. Regulação da mídia: a invisibilidade de uma agenda essencial à democracia. *Le Monde Diplomatique Brasil,* 02 out. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/regulacao-da-midia-a-invisibilidade-de-uma-agenda-essencial-a-democracia/>. Acesso em 26 out. 2018.

_____. WhatsApp é principal fonte de informação do brasileiro, diz pesquisa. Agência Brasil. 10 dez. 2019. Disponível em: < https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-12/whatsapp-e-principal-fonte-de-informacao-do-brasileiro-diz-pesquisa>. Acesso em 13 dez. 2019.

YIN, Robert K. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2001.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS SITEMAS REGIOALES DE DERECHOS HUMANOS EN IBEROAMÉRICA Y EUROPA

Benjamín Moreno Montes de Oca
Universidad de Cádiz
Jerez de la Frontera, España
benjamin.moreno@uca.es

Resúmen: En esta contribución pretendemos analizar el derecho de acceso a la información pública como una de las facultades que comprende el derecho a la libertad de expresión en los sistemas regionales iberoamericano y europeo de derechos humanos. El trabajo se justifica porque en la actualidad el derecho que aquí pretendemos estudiar se encuentra de máxima actualidad en todo el mundo como expresión del principio de transparencia, habiéndose aprobado al respecto leyes en muchos países y convenios internacionales. Lo que hace necesario que a nivel regional e internacional también se adopten normas al respecto para garantizar un contenido mínimo común que garantice este derecho humano a todas las personas, sin importar donde se encuentren. La metodología a seguir será la llamada de biblioteca, consistente en consultar la bibliografía disponible sobre la materia y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales más relevante. Para ello dividiremos el trabajo en cinco apartados, a saber: Introducción; Capítulo I. El derecho a la información; Capítulo II. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Capítulo III. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y Conclusiones.

Palabras-clave: Información pública, libertad de información, transparencia pública, labor periodística.

Abstract: In this contribution we analyze the right of access to public information as one of the faculties that comprise the right to freedom of expression in the Latin American and European regional human rights systems. The work is justified because at present the right that we intend to study here is of maximum relevance throughout the world as an expression of the principle of transparency, having approved laws in many countries and international conventions. This makes it necessary that at the regional and international level norms be adopted in this regard to guarantee a common minimum content that guarantees this human right to all people, no matter where they are. The methodology to be followed will be the library call, consisting of consulting the available bibliography on the subject and the jurisprudence of the most relevant international courts. Thus, we will divide the work into five sections:

Introduction; Chapter I. The right to information; Chapter II. The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights; Chapter III. The doctrine of the European Court of Human Rights; and Conclusions.

Key-Words: Public information; freedom of speech; public transparency; journalistic work.

Introducción

Hasta hace poco tiempo, el secreto de la información pública, tanto en los países iberoamericanos como en los europeos, ha sido la regla general y el derecho de acceso a dicha información la excepción. Normalmente, condicionado a la buena voluntad del empleado público al que por razón de su puesto le correspondía su custodia.

Si bien, en la actualidad el *statu quo* ha cambiado y los diferentes ordenamientos jurídicos, nacionales y regionales, con mayor o menor intensidad vienen reconociendo el derecho de las personas a acceder a la información en poder del sector público, con fundamentos muy diversos. Así, encontramos ordenamientos jurídicos que reconocen el derecho de acceso a la información pública como expresión del buen gobierno y la buena administración; otros como técnica participativa, tendente a la implementación de políticas de gobierno abierto; y, los que aquí nos disponemos a estudiar, como derecho instrumental del derecho a la libertad de expresión e información. No obstante, en todos encontramos un punto en común, la importancia del derecho para el sistema democrático.

En efecto, en nuestra comunicación pretendemos abordar el nuevo derecho de acceso a la información pública, que ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante TEDH), como la evolución natural del derecho de los periodistas a informar. En este sentido, ambos tribunales realizan una interpretación extensiva del derecho a la información, para encuadrar dentro de éste el derecho de acceso a la información pública, por resultar instrumental del derecho a la información. Con lo que cabe identificar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental de los periodistas en el desempeño de su profesión.

Asimismo, al hilo del estudio de la citada jurisprudencia, habrá ocasión de ver como los tribunales han interpretado de manera extremadamente flexible el elemento subjetivo, llegando a atribuir a otros sujetos, que no son profesionales de la información, la condición de informantes y, por lo tanto, la condición de titulares del derecho. Y en definitiva, a todas las personas que puedan tener interés en la información. También analizaremos los supuestos en los que ambas cortes identifican que proceder establecer límites al ejercicio del derecho de acceso.

1. El derecho a la información

Antes de comenzar el estudio de la jurisprudencia del TEDH y de la CIADH relativa al derecho de acceso a la información pública debemos analizar la libertad de expresión desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante CEADH) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH), por las importantes implicaciones de éstos sobre aquél.

Así, la filosofía moderna propugna como derecho esencial de las personas, desde una perspectiva estrictamente individualista, la libertad de conciencia y, como fruto de ésta, la libertad de expresión como derecho autónomo e individual (URIOSTE, 2008, p. 1). Con el advenimiento del Estado liberal la legitimación del poder pasa a ser popular y es en ese momento cuando la libertad de expresión queda inescindiblemente vinculada al Estado democrático, como instrumento esencial para contribuir a la conformación de la opinión pública (URIOSTE, 2008, p. 1-3).

En este sentido, el TEDH concibe el derecho a la libertad de expresión como un derecho individual que tiene una amplia repercusión en la esfera pública, toda vez que es el fundamento de las sociedades democráticas. Así, la libertad de expresión tiene como función social la consecución del correcto funcionamiento del Estado democrático en el sistema establecido por el CEDH, configurando la libertad de expresión como un derecho individual, cuyo ejercicio tiene como función social la consecución de una sociedad democrática y que por ello su ejercicio debe ser libre, dentro de los límites que resulten necesarios (SAURA, 2015, p. 16).

Todos los Estados democráticos deben proteger la libertad de expresión, facilitando su ejercicio a los ciudadanos, toda vez que es la única forma de

posibilitarles conocer el modo en que se están gestionando los intereses generales, participar en el proceso de toma de decisiones e intervenir en el discurso político (W. SAUNDERS, 2017, pp. 1-6). Como observamos, de capital importancia es conocer cómo se están llevando a cabo los asuntos públicos porque sólo así los ciudadanos podrán ejercer los demás derechos de naturaleza política de manera informada.

A su vez, la libertad de expresión constituye un instrumento al servicio de la protección de los derechos humanos. En efecto, la existencia de una opinión pública libre contribuye a generar una sociedad activa en materia de protección de derechos humanos que pueda reivindicar su protección y promoción (SAURA, 2015, pp. 100-101). No obstante, en el marco de la democracia constitucional, todos los sistemas democráticos están dotados de un texto fundamental donde se recogen los derechos fundamentales y la obligatoriedad de su protección, con lo cual podemos considerar que la función de protección y promoción de los derechos fundamentales queda integrada dentro de la función de protección del Estado democrático.

URIOSTE BRAGA recoge las diferentes teorías que fundamentan la libertad de expresión (URIOSTE, 2008, págs. 20-24 y 27-28). La doctrina de la jerarquía preferente tiene una concepción utilitarista de la libertad de expresión, pues considera que la democracia se basa en la opinión pública libre, y por ello debe estar por encima de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen. Comprendiendo dicha preferencia exclusivamente temas políticos. Para la doctrina de la garantía general del sistema democrático la libertad de expresión se ve como el indicador de situación democrática que existe en un Estado, porque esta libertad es la primera que se ve quebrada cuando se produce algún supuesto de anormalidad en la cotidianeidad democrática. Para nosotros ambas posturas son válidas, toda vez que como instrumento al servicio del correcto funcionamiento del sistema democrático cualquier alteración que se produzca en éste necesariamente debe conducir a la alteración de la libertad de expresión, siendo dicha alteración la más evidente manifestación de una situación de anormalidad democrática.

La importancia de la libertad de expresión queda patente por su consagración en todos los textos normativos internacionales que contienen derechos fundamentales (CATALÁ, 2010, pp. 69-70). En lo que a nosotros interesa, la CADH en su artículo 13.1 señala que «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de

buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección» y el CEDH la recoge en su artículo 10.1, cuyo tenor literal dice que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades pública y sin consideración de fronteras (…)».

Como observamos, tras universalizar la titularidad del derecho, se integra dentro de la libertad de expresión la libertad de opinión y la libertad de información. Si bien, no deben confundirse ambos derechos, pues mientras la libertad de opinión se refiera a la facultad conferida a los sujetos para que puedan difundir libremente su posición en relación con una determinada cuestión de índole política, la libertad de información se basa en hechos concretos, que se pueden investigar y contrastar, y no pueden estar distorsionados (CATALÁ, 2010, pp. 106-111).

Aunque ambas dimensiones de la libertad de expresión son relevantes para el derecho de acceso a la información pública, a nuestro modo de ver la que mayor importancia reviste es la libertad de información porque es la que realmente contribuye a la formación de la opinión pública. De hecho, la libertad de opinión difícilmente podrá generarse si previamente no hay un proceso de difusión de información en el que los ciudadanos puedan valorarla libremente y en base a la misma formar su propia opinión y expresarla.

A su vez, la libertad de información comprende el derecho a acceder a la información o investigar unos hechos y a divulgarlos y el derecho que la sociedad tiene, como colectivo, a estar informada (URIOSTA, 2008, p. 41). Así, el derecho a transmitir información no se puede ver efectivamente satisfecho si no se reconoce a los ciudadanos el derecho a buscar y obtener previamente los datos necesarios, porque es un elemento esencial del derecho a transmitir información (MARTÍNEZ, 1993, p. 259). Por lo tanto, como apuntábamos, impedir el acceso a la información comporta neutralizar el derecho a transmitirla y recibirla, ya que el ciudadano interesado en informar a los demás sobre cuestiones de interés general no podrá hacerlo, porque no tiene acceso a la misma.

Como observamos, el artículo 10.1 del CEDH recoge expresamente el derecho a transmitir información y el derecho a recibirla. Sin embargo, no recoge el derecho a investigar y mucho menos de acceso a la información que se

encuentre en poder del sector público. Lo que se persigue es evitar configurar el derecho como un deber de prestación de los Estados (REVENGA, 2008, pp. 206-207). En cualquier caso, TEDH es *pro comunicatione* y siempre interpreta las normas nacionales de modo que sea posible el cumplimiento real y efectivo del derecho a la libertad de expresión (CATALÀ, 2010, p. 135), del modo más amplio posible en aras de dar cabida a cualesquiera de sus manifestaciones (BUSTOS, 2014, pp. 476-477). No obstante, en materia de acceso a la información pública la configuración jurisprudencial del derecho no ha gozado de una tendencia clara a lo largo del tiempo, y, de hecho, no ha quedado adscrito de forma clara a la libertad de expresión hasta la Sentencia en el asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungary*, de 8 de noviembre de 2016.

Por su parte, el artículo 13.1 CADH es considerablemente más aperturista en la materia, pues comprende las mismas facultades que el CEDH, pero adicionalmente reconoce el derecho y la libertad de los profesionales para buscar toda aquella información que pueda resultar relevante para el interés general. Esta información podrá ser recaba por cualquier medio lícito, ya sea por medio del testimonio de otras personas o accediendo a documentos de texto o gráficos. No obstante, también ha sido necesario un pronunciamiento de la CIDH para que el derecho de acceso a la información pública sea considerado como un derecho instrumental del derecho a la libertad de expresión. Así ha quedado consagrado al más alto nivel interpretativo en la Sentencia del caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, de 19 de septiembre de 2006.

En los siguientes folios vamos a analizar ambos pronunciamientos judiciales para determinar como ha quedado configurado el derecho la información en ambos sistemas regionales de derechos humanos, tras haberse incorporado como una nueva dimensión el derecho a acceder y conocer la información que se encuentra en poder de los poderes públicos.

2. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como apuntamos, el derecho a la información viene recogido en el artículo 13.1 CADH, comprendiendo la facultad de buscar dicha información. Si bien, no ha sido hasta la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, de la CIDH cuando se ha determinado que los poderes públicos deben garantizar el derecho de todas las personas a acceder a la información que se encuentre en poder de los organismos públicos.

Los hechos de la Sentencia

El conflicto que dio lugar a esta sentencia ocurrió en Chile, donde por parte de los poderes públicos se autorizó la explotación forestal de una considerable extensión de selva en el marco del llamado "Proyecto del Río Cóndor", por el que empresas extranjeras iban a realizar importantes inversiones para extraer los recursos naturales de la zona. La entidad pública encargada de gestionar toda la documentación para autorizar la ejecución del proyecto era el Comité de Inversiones Extranjeras, sujeto de derecho público con personalidad jurídica propia que presenta cierta dependencia del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y que se encuentra integrado principalmente por los titulares de los restantes departamentos ministeriales.

El Sr. Marcel Claude Reyes, en su calidad de Director Ejecutivo de la organización no gubernamental Fundación Terram, presentó una solicitud dirigida al Comité de Inversiones Extranjera para que el precitado comité le facilitara una ingente cantidad de información sobre los inversionistas extranjeros que iban a ejecutar el "Proyecto del Río Cóndor", para «evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto, medir el impacto sobre el medio ambiente (…) y activar el control social respecto de la gestión de los órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia en el desarrollo del proyecto de explotación Río Cóndor».

En este sentido, cabe destacar que la finalidad de la Fundación Terram es controlar la acción de los poderes públicos en relación con el uso y explotación de los recursos naturales y promover el debate público en torno a este tipo de proyectos, informando para ello a la sociedad. Éste es uno de los puntos fuertes de la sentencia, porque, como apuntamos más arriba, una de las finalidades del derecho a la información es garantizar el correcto funcionamiento del sistema democrático por medio de la información facilitada de manera tanto individual como a la sociedad en su conjunto.

Finalmente, el Comité de Inversiones Extranjeras no facilitó la información porque aprecio un conflicto de derechos, es decir, un conflicto entre el derecho del Sr. Marcel Claude de acceder a la información pública y los derechos a la propiedad intelectual e industrial; el secreto económico y comercial; y el uso de tecnologías de la empresa extranjera inversora.

Los elementos esenciales del derecho de acceso a la información pública

Para consagrar el derecho de acceso a la información pública la primera precisión que cabe destacar en esta sentencia es la importancia que la CIDH le otorga para el correcto funcionamiento de la democracia representativa en los países iberoamericanos. Así, la sentencia apunta que «(…) el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que es un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información».

Sin decirlo expresamente, la CIDH precisa cual debe ser el fundamento del derecho de acceso a información pública, a saber: el buen gobierno y el gobierno abierto, ideas que actualmente encontramos presentes en todos los sistemas políticos, como vectores de la calidad del sistema democrático. Por buen gobierno debemos entender aquellas actuaciones del Gobierno que persiguen garantizar unas instituciones públicas que alcanzan la legitimidad por medio de la buena gestión de los asuntos públicos, huyendo por lo tanto de situaciones de ineficiencia o mala praxis en la gestión pública, así como evitando las situaciones de corrupción y de conflictos de intereses por parte de funcionarios y cargos públicos (VILLORIA y FORCADELL, 2017, p. 19).

El buen gobierno es una preocupación común a todas las democracias representativas, que viene siendo combatida desde antaño, principalmente por la vía penal y disciplinaria. En la actualidad la información pública se ha convertido en el aliado idónea para garantizar la consolidación del buen gobierno como forma de gestión. Por su parte, las políticas de gobierno abierto, entre ellas el acceso a la información pública, persiguen inducir cambios en el sistema democrático, para facilitar a los ciudadanos participar en los procesos de toma de decisiones, principalmente por medio de la sociedad civil organizada (RAMÍREZ-ALUJAS, 2012, pp. 15 y 22).

Para la CIDH la forma de facilitar tanto el control social de las instituciones públicas como que los ciudadanos participen de los asuntos públicos es por medio de la información pública, pues es la única forma de conseguir que tanto los individuos como la sociedad en general puedan conformar su propia opinión y, en consecuencia, tomar todas aquellas decisiones que les resulten posibles de manera suficientemente informada y libre. En

definitiva, la información se convierte en la forma que tiene la sociedad para controlar a los poderes públicos, ya se por medio de la opinión pública o de la participación directa en los asuntos públicos.

Para realizar la adscripción definitiva del derecho de acceso a la información pública como una de las facultades del derecho a la libertad de expresión la CIDH destaca que el contenido de este derecho es considerablemente amplio y que «(…) el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención».

Por toda persona debe entenderse a cualquier sujeto, ya sea persona física o jurídica, y sin que pueda establecerse *a priori* la nacionalidad como un factor limitante del derecho. Es una definición considerablemente amplia de lo que debe entenderse por titular del derecho de acceso a la información pública, si tomamos en cuenta que lo habitual es reconocer este derecho a aquellas personas que gozan de la ciudadanía política.

Por información bajo control del Estado debe entenderse toda la información que obre en poder de todos los sujetos que formen parte del moderno concepto de sector público, sean Administración o no. Ello incluye cualquier entidad que, aún no estando sujeta a derecho público, se financie con recursos públicos, desarrolle competencias públicas o se encuentra de cualquier manera subordinada o vinculada a las Administración pública.

Asimismo, la CIDH señala que «dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción». Esta precisión interpretada en sus justos términos permite inferir que para ejercer el derecho de acceso no resulta necesario motivar la solicitud. No obstante, cabe destacar la conveniencia de hacerlo para que en caso de existir un conflicto con otros derechos facilitar la ponderación que determine el derecho que debe prevalecer. En cualquier caso, conforme a la doctrina aquí estudiada resultaría contario a la doctrina de la CIDH establecer el requisito de la motivación para ejercer el derecho, debiendo entenderse como un límite innecesario.

El derecho queda definido como un derecho subjetivo de prestación, es decir, el Estado (entendido en el sentido amplio que acabamos de definirlo) está

obligado de manera positiva a facilitar a las personas interesadas la información que soliciten. Así, el acceso a la información pública a nivel subjetivo tiene dos dimensiones, por un lado, las personas pueden ejercerlo cuando lo consideren adecuado y, por otro lado, los poderes públicos quedan obligados a facilitarla porque es un servicio público de prestación (TRONCOSO, 2010, p. 721).

En este sentido, el derecho de acceso a la información también comprende las dos dimensiones de libertad de expresión, individual y colectiva que debe garantizar el Estado. Ambas dimensiones interactúan de manera reciproca facilitando que tanto los individuos como la sociedad en general puedan conocer aquella información que resulte relevante para la conformación de la opinión pública. Es por ello que la CIDH ha determinado que una vez que la información se entrega a un solicitante ésta puede circular libremente en el seno de la sociedad sin límites de ningún tipo para que pueda ser conocida por todos y valorada, para poder tomar decisiones de manera informada.

En cuanto a al establecimiento de límites del derecho de acceso, la CIDH ha realizado importantes precisiones para garantizar el principio de máxima transparencia o divulgación de la información. En primer lugar, los límites deben venir establecidos en una norma con rango de ley, ello quiere decir que no vale cualquier norma emanada de los poderes públicos, garantizándose así que se establecen en favor del interés general.

En segundo lugar, la materia que se pretende proteger con el límite debe estar permitida por la CADH, expresamente vienen establecidas en el artículo 13.2 «el respecto a los derechos o a la reputación de los demás» o «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud a la moral públicas». Lo habitual es que todas las leyes sobre derecho de acceso a la información pública que se aprueban en los distintos países tengan su propio listado de límites, adicional a los recogidos en la CADH, con los que se persigue proteger y garantizar bienes jurídicos y derechos de muy diversa índole, tanto públicos como privados. Estos serán legítimos siempre que no sean contrarios a los derechos fundamentales recogidos en la CADH.

Por último, el establecimiento de los límites debe realizarse de manera ponderada entre el interés público que se pretende proteger y el derecho de los ciudadanos a acceder a la información. Para eso indica la CIDH que de entre las diferentes opciones que existan se deben elegir aquéllas que garantizando en la mayor medida posible la materia objeto de protección por los límites, afecte en menor medida el derecho de acceso a la información pública. Buscando el punto

de equilibrio intermedio para evitar que unos derechos salgan perjudicados frente a otros.

Todo esto comporta que cuando una solicitud de acceso a la información pública sea desestimada por parte del sector público, deberá hacerlo por medio de una resolución motivada en la que exponga las razones que le llevan a adoptar dicha decisión. Debiendo ésta ser susceptible de recurso judicial, para una mayor garantía del derecho.

3. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Breve evolución histórica

En una primera etapa, el TEDH consideró que el derecho de acceso a la información pública no formaba parte de la libertad de expresión. Así, en el asunto *Roche c. Reino Unido*, la Gran Sala del Tribunal, con base en una abundante jurisprudencia previa en el mismo sentido, estimó que el artículo 10 del CEDH no comprende el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros públicos, constituyendo exclusivamente un mandato de no hacer para los gobiernos, es decir, no interferir en el derecho a difundir y recibir información. Así, el TEDH consideró que el derecho de acceso debía considerarse circunscrito al derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 CEDH, por tener relevancia para su desarrollo.

En 2009, con la Sentencia *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría* se produjo un cambio de paradigma, el TEDH apuntó que si las personas que pretendían ejercer el derecho de acceso estaban desempeñando funciones que podían influir en la conformación de la voluntad general (*public watchdog)* se podía considerar instrumental de la libertad de expresión consagrada en el artículo 10.1 CEDH. Por lo tanto, entendió que cabía examinar la posibilidad de extender el ámbito objetivo del derecho en atención a las concretas funciones de información que ejercían los sujetos titulares de la libertad de expresión. Consideramos que esta STEDH es el embrión del derecho de acceso a la información tal como lo iba a configurar la Sentencia *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* en 2016.

No obstante, antes de la Sentencia de 2016 hubo cinco resoluciones más, en el mismo sentido, concretamente fueron los asuntos *Kenedi c. Hungría*, *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, *Österreichische vereinigung zur erhaltung,*

stärkung und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und fortst-wirtschaftlichen grundbesitzes c. Austria, *Roşiianu c. Romania*, y *Guseva c. Bulgaria*. En todos ellos el TEDH consideró que cuando los sujetos que ejercen el derecho de acceso a la información pública tienen por objeto informar a la ciudadanía sobre hechos que afectan al interés general debe facilitarse el acceso a la información, resaltando siempre la importancia de permitir el acceso a la información pública con base en el artículo 10.1 CEDH a los periodistas y a otras personas con capacidad para incidir en la conformación de la voluntad general de los ciudadanos.

En esta jurisprudencia, el TEDH apuntó que existía violación del derecho de acceso a la información pública como parte de la libertad de expresión contenida en el artículo 10 CEDH si así lo preveía el Derecho interno, es decir, si las normas nacionales reconocían el derecho de los ciudadanos a acceder a la información para contribuir al debate público. Cabe destacar que en estas sentencias se amplía considerablemente el titular del derecho, ya no se considera a los periodistas como únicos titulares principales de la libertad de expresión, se da entrada a las ONG, las asociaciones y los historiadores.

De hecho, en el asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* lo que hace es recoger el legado de esa evolución jurisprudencial al objeto de fijar definitivamente el contenido del derecho de acceso a la información. Lo importante de esta resolución es que la dicta la Gran Sala del TEDH, consagrando así los elementos esenciales del nuevo derecho de acceso a la información pública, en base al derecho a la libertad de expresión del artículo 10.1 CEDH.

El asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*

Magyar Helsinki Bizottság es una ONG que se encargaba de prestar y promover la asistencia jurídica de las víctimas de violaciones de derechos humanos, en Hungría y algunos otros países. Uno de sus principales focos de atención consiste en vigilar el efectivo nombramiento de los abogados de oficio. Así, en el periodo comprendido entre 2005 y 2008 llevó a cabo varios estudios sobre el sistema de nombramiento de los abogados de oficios en Hungría, concluyendo que el sistema carecía de transparencia porque eran las propias comisarías de policía las que elegían a los abogados y se observaba que con frecuencia eran nombrados los mismos abogados o pertenecientes a los mismos despachos.

En 2009 la ONG, en el marco del proyecto "Steps Towards a Transparent Appointment System in Criminal Legal Aid", solicitó el nombre de todos los abogados nombrados por las comisarías de policía, así como el número de veces que lo habían sido. Dos comisarías se negaron a aportar dicha información porque consideraban que eran datos de carácter personal que se encontraban protegidos por la Ley de Protección de Datos de Hungría. Además, resaltaron que la información solicitada no afectaba al interés general.

La ONG interpuso demanda contra las dos comisarías alegando que los datos solicitados no se podían considerar datos personales porque la labor de los abogados de oficio estaba financiada con fondos públicos. Aunque en primera instancia el fallo fue favorable a las aspiraciones de la ONG, en segunda instancia y en casación ante el Tribunal Supremo húngaro se resolvió que conforme a la Ley de Protección de Datos debía considerarse como un dato de carácter personal el nombre de los abogados y el hecho de su nombramiento, porque estos no ejercían poderes y competencias propias.

El TEDH consideró vulnerado el derecho de acceso a la información pública de la ONG, como expresión de la libertad de expresión, porque es una organización que tiene entre sus fines supervisar y promover el respeto de los derechos humanos y para ello necesariamente debe tener acceso a los datos que se lo posibiliten. Consiguiendo así, la función primordial de la libertad de expresión, generar debate en el seno de una sociedad democrática que contribuya a la conformación de la voluntad ciudadana en cuestiones de interés general.

Para realizar la adscripción del derecho de acceso a la información pública a la libertad de expresión, el TEDH ve con satisfacción que la mayoría de los países adheridos al CEDH han adoptado legislación sobre el derecho de acceso a la información pública, existiendo por ello un amplio consenso en la materia. Asimismo, considera relevante que todos los países miembros del Consejo de Europa han ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que recoge en su artículo 19 el derecho de acceso. También resalta la importancia del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a Documentos Públicos, de 27 de noviembre de 2008, que determina cual es el estándar europeo en materia de acceso a la información pública.

Así las cosas, el TEDH apunta que lo fundamental es la seguridad jurídica y que no cabe imponer a los Estado el cumplimiento de obligaciones a las que no se han comprometido. Pero señala que el CEDH es ante todo un sistema de protección de derechos humanos que debe tender a lograr la

armonización de los estándares alcanzados por la comunidad internacional. Para el TEDH hay una evolución clara por parte de la comunidad internacional en favor de reconocer el derecho de acceso a la información pública como parte integrante de la libertad de expresión.

Dicho esto, el TEDH reconoce que cuando el derecho de acceso a la información es instrumental de la libertad de información, la denegación de la información puede constituir una violación del derecho. En esta línea, el TEDH señala que hay dos supuestos en los que cabe considerar que existe la obligación por parte de los Estados de permitir el acceso a la información: por resolución judicial o cuando el acceso a la información es instrumental del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, principalmente de la "libertad de recibir y comunicar información" del artículo 10.1 CEDH, y su denegación es una interferencia para el derecho.

Lo novedoso del asunto *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* es que consolida la consideración del derecho de acceso a la información pública como instrumental de la libertad de información, con lo cual amplía considerablemente el contenido del derecho, porque en su jurisprudencia anterior sólo consideraba conculcado el derecho de acceso cuando éste era necesario para el ejercicio de otros derechos consagrados en el CEDH. Ahora el TEDH apoyándose en las normas de Derecho Internacional y en el Derecho interno de los países avanza en el camino iniciado en la Caso *Dammann v. Switzerland* y amplía y define más precisamente los elementos y el contenido del derecho de acceso.

Sin embargo, para PIÑAR MAÑAS la nueva jurisprudencia del TEDH es insuficiente porque considera que lo correcto hubiera sido configurar el derecho de acceso a la información pública como un derecho autónomo y no como un derecho instrumental de la libertad de expresión e información (PIÑAR, 2017, pp. 121-122). Aunque está puntualización es muy acertado, quizás el derecho de acceso a la información pública no esté recibiendo la configuración que debería porque se trata de un derecho emergente, ligado a los derechos de tercera generación (FONDEVILA, 2011, P. 123).

El TEDH determina que el grado de protección se debe otorgar en función del sujeto (PRESNO y TERUEL, 2017, pp. 101-103), es decir, en función de la capacidad que tiene para difundir información e incidir en la conformación de la voluntad general. Así, en la sentencia objeto de estudio el TEDH recoge como titulares cualificados del derecho a los periodistas, las

ONG, los investigadores académicos, los literatos que escriban sobre cuestiones de interés público y los blogueros y usuarios asiduos de las redes sociales.

En relación con el sujeto obligado por el derecho y el objeto no se ha pronunciado el TEDH. No obstante, esa cuestión viene determinada por el *Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los Documentos Públicos*, de 18 de junio de 2009. Así, el artículo 1.2.a).i) del Convenio señala como sujetos obligados a

> "1. El gobierno y administración a nivel nacional, regional y local;
>
> 2. Los órganos legislativos y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia.
>
> 3. Las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa."

En cuanto al objeto del derecho, conforme al artículo 1.B) del Convenio es "toda la información registrada (archivada) de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas".

En relación con los límites al derecho de acceso el TEDH ha determinado que deben ser los mismo que prevé el artículo 10.2 CEDH para el derecho a la información. Así, deberán venir regulados por una norma con rango de ley, ser necesarios en una sociedad democrática y proteger algunos de los siguientes bienes jurídicos o derechos, a saber: "la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

En la sentencia encontramos dos limitaciones adicionales, la finalidad de la información solicitada y que ésta esté lista y disponible para ser entregada. En cuanto a la finalidad, se precisa que la información se esté solicitando para informar a los ciudadanos sobre asunto de interés público. En cualquier caso, no resulta necesario motivar las solicitudes de información pública conforme al artículo 4 del Convenio de 2009, por lo que cabe destacar que se presume que los documentos en poder del sector público son de interés general.

La información estará lista y disponible cuando para su entrega no sea necesario que la Administración la elabore *ex professo* o la reelabore, es decir, que

se pueda obtener por medio de técnicas sencillas de las bases de datos sin necesidad de preparar el concreto documento.

Conclusiones

1.- Tanto en Iberoamérica como en Europa el derecho humano a la libertad de expresión o información es interpretado de manera amplia, porque constituye un derecho humano de cada persona y, además, es un derecho de toda la sociedad porque es expresión del buen funcionamiento de la democracia representativa.

2.- El derecho de acceso a la información pública ha sido interpretado en ambas regiones del mundo en el sentido de considerarlo como una de las muchas facultades que comprende el derecho a la libertad de expresión. Quedando consagrado en ambos ordenamientos jurídicos como un derecho fundamental.

3.- Este nuevo derecho tiene importantes beneficios para el sistema democrático. Constituye expresión del buen gobierno, en la medida en que la sociedad puede controlar por medio de la opinión pública a los poderes públicos. Asimismo, implica la implementación de las modernas técnicas de gobierno abierto, que promueven una mayor participación de los ciudadanos en las decisiones públicas.

4.- La dimensión objetiva y subjetivo pasiva del derecho ha sido regulada de manera homogénea en ambos sistemas de derechos. Así, toda la información que obre en poder de cualquier sujeto público, sea Administración o no, deberá entenderse accesible por los solicitantes.

5.- En relación con el sujeto activa, titular del derecho, se observa cierta dicotomía entre ambos ordenamientos jurídicos. En el sistema iberoamericano es considerablemente más amplio pues se reconoce a toda persona, sin necesidad de que el solicitante de información realice una actividad con capacidad para incidir en la opinión general.

6.- El derecho de acceso no es ilimitado, por eso encuentra ciertos límites en ambos ordenamientos jurídicos y, los Estados que aprueben sus propias normas en la materia, podrán introducir límites adicionales siempre que lo hagan por medio de una norma con rango de ley y persigan un objetivo legítimo que no contravenga lo previsto en ambos ordenamientos jurídicos.

7.- Los Estados miembros de ambos sistemas regionales podrán desarrollar el derecho de acceso a la información para adaptarlo a sus propias singularidades, pero en ningún caso podrán establecer un contenido o garantías inferiores a las recogidas en la doctrina de la CADH o del TEDH.

REFERENCIAS

BUSTOS GISBERT, Rafael. "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática", en GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coords.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2014.

CATALÀ i BAS, Alexandre H. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Valencia: Ediciones Revista General del Derecho, 2010.

FONDEVILA MARÓN, Manuel y NEIRA GONZÁLEZ, Connie: "El derecho de acceso a la información pública. Una perspectiva comparada", en *Revista de Derechos Fundamentales*, 2011.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *Libertades públic*as. Volumen I. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1993.

PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El fortalecimiento de la transparencia y el Derecho de acceso a la información pública como objeto de la Ley 19/2013, en TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.): Comentario a la lLey de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Cizur Menor: Civitas, 2017.

PRESNO LINERA, M. A. y TERUEL LOZANO, Germán: La libertad de expresión *en América y Europa*. Lisboa: Editorial Juruá, 2017.

RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro: "Gobierno abierto es la respuesta, ¿Cuál era la pregunta?", en *Más Poder Local*, n.º 12, 2012.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. "Algunos apuntes sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; VIANA GARCÉS, Andrée (Eds.): *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

SAURA FREIXES, Nuria. *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos*. Madrid: Bosch Editor, 2015.

TRONCOSO REIGADA, Antonio. *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

URIOSTA BRAGA, Fernando. *Libertad de expresión y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

VILORIA MENDIETA, Manuel y FORCADELL ESTELLAR, Javier: "Introducción general", en VILLORIA MENDIETA, Manuel (Dir.). *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*. Madrid: Tecnos, 2017.

W. SANUNDERS, Kevin. *Free expresion and democracy: a comparative analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MECANISMOS DE EXCLUSÃO DIGITAL E DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Maria Lucia de Paula Oliveira
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Professora Adjunta, ECJ-CCJP
Rio de Janeiro, Brasil
maria.l.oliveira@unirio.br

Resumo: Um dos aspectos centrais para a efetivação do direito à comunicação está na necessidade de que haja uma participação na maior igualdade de condições possíveis de todas as pessoas. Ao se considerar a comunicação por meio da internet, é possível verificar que existem formas expressivas de excluir parte substancial da população do processo de discussão pública que se dá virtualmente. Os mecanismos de exclusão digital que se pretende apresentar não se circunscrevem, ainda que também incluam, a falta de acesso aos meios tecnológicos indispensáveis para o exercício do direito à internet. Isso porque a não participação pode decorrer também de preconceitos que inibem, de variadas formas, a participação dos agentes (preconceitos que limitam o acesso por meio de uma cultura de impropriedade (por exemplo, a alegação da incapacidade feminina de lidar com máquinas) ou por meio de uma cultura de violência (por exemplo, o discurso do ódio). Em conclusão, objetiva-se mostrar a necessidade da regulação da comunicação nas redes para que se efetive o direito à comunicação. A metodologia envolve pesquisa bibliográfica e de dados, que subsidiam a correlação de ideias e conceitos concebidas a partir das discussões travadas no âmbito do Grupo de Pesquisa de Filosofia do Direito – GIFPOG-UNIRIO.

Palavras-chave: Exclusão. Comunicação. Democracia. Direito. Igualdade.

Abstract: One of the central aspects for the realization of the right to communication is the equality of conditions for all people. When considering communication through the internet, it is possible to identify significant ways to exclude a substantial part of the population from the process of public discussion. The mechanisms of digital exclusion are not limited to the lack of access to the technological means indispensable for the exercise of the right to communicate virtually. Non-participation can also stem from prejudices that inhibit, in various ways, the participation of agents (prejudices against women and technology – for example, the allegation of female inability to deal with machines) or by means of a culture of violence (hate speech). In conclusion, the objective is to show the need for regulation of communication in networks so that the right to communication becomes effective. The methodology involves bibliographic and data research, which subsidize the correlation of ideas and concepts conceived from the

discussion held in the Research Group on Philosophy of Law – GIFPOG-UNIRIO.

Key-Words: Exclusion. Communication. Democracy. Law. Equality.

INTRODUÇÃO

Assim como existe um desafio para a comunicação democrática decorrente da exclusão social, se coloca a questão se esse mesmo desafio se põe no ambiente virtual. Será que existe desigualdade no meio virtual e essa desigualdade se reflete na comunicação pela internet? Nosso objetivo no presente estudo é relatar um aspecto talvez não tão destacado da exclusão social, qual seja a que se dá por meio digitais, e suas consequências sobre a efetivação do direito à ea essa exclusão digital, visando a igualdade e democracia do processo de comunicação democrática.

Primeiramente, cumpre tecer algumas considerações sobre o próprio direito à comunicação: isso porque ao se posicionar tal direito como direto humano e fundamental, se está referindo, à luz do nosso sistema jurídico constitucional e no direito internacional. Convém, de outro lado, questionar a idealização da comunicação pela internet, como esfera de liberdade e igualdade. Na sequencia, mostraremos como a inclusão digital é fundamental para que se tenha uma comunicação pela internet mais democrática, estimulando-se políticas públicas voltadas à sua inclusão. Compatibiliza-se literatura sobre democracia e exclusão social, com a literatura mais receite sobre exclusão digital, estabelecendo-se correlações com os materiais bibliográficas que tratam do direito à comunicação.

Direito à Comunicação como Direito Humano e Fundamental

Num primeiro momento, os direitos relacionados à comunicação eram enfocados do ponto de vista da liberdade dos indivíduos, se constituindo em direitos negativos, para os quais o papel do Estado consistia basicamente em garantir o exercício do direito do cidadão, não cabendo a ele intervir na manifestação de pensamento dos cidadãos. Às liberdades de pensamento e de expressão inicialmente concebidas, juntaram-se posteriormente o direito à informação (que inclui o direito de informar e de ser informado) e a liberdade de imprensa. Essa ampliação dos direitos suscitou uma revisão da própria forma de

assegurá-lo. O enfoque inicial (que via a liberdade de expressão basicamente como liberdade negativa) vai sendo paulatinamente revisto, concebendo-se agora a eventual necessidade de intervenção do Estado na tutela desses direitos, ou seja, a necessidade de políticas públicas para a comunicação.

A ampliação do rol de direitos que regulam a comunicação permitiria o reconhecimento de um direito à comunicação. O Relatório MacBride da UNESCO de 1983 realçou a importância desse direito como direito humano. O que se coloca nesse momento é que a comunicação deveria estar nas mãos do povo, sem a dominação pelo mercado. De outro lado, a relação do Estado com os meios de comunicação deveria se dar de forma a evitar uma sujeição dos segundos ao primeiro. Cuida-se de direito (com todos os direitos que englobaria) imprescindível para a democracia, em tempos de avanço tecnológico.

É notável o papel da UNESCO na concepção do direito à comunicação. Relembra-se que já em 1976, na Conferência de Nova Déli, o famoso discurso de Indira Gandhi, então Primeira Ministra da India, fazia, com grande repercussão, a associação entre comunicação e cultura. Nos anos oitenta, um marco indiscutível é a elaboração do famoso Relatório "Um Mundo, Muitas Vozes", mais conhecido como Relatório Mac Bride, cabendo lembrar também do Programa Internacional para o Desenvolvimento da Comunicação. Atribui-se pela primeira vez o status de direito humano ao direito à comunicação (ou de comunicação, como se preferia falar). Esse momento decorre de novas circunstâncias, especialmente a influência do elemento econômico sobre os meios de comunicação, surgindo a chamada "indústria da comunicação"; a verticalização na circulação das informações, com a uniformidade e concentração na indústria da comunicação e a percepção quanto a uma falta de neutralidade da incorporação de novas tecnologias.

Algumas décadas depois, com a importância das TICs (tecnologias de informação e comunicação), o direito de buscar, receber e comunicar informações volta de forma mais clara a ser objeto de atenção da UNESCO. Impulsionada pela Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação realizada no âmbito da Organização das Nações Unidas em 2005, surgiu uma campanha internacional denominada "Communication Rights in the Information Society (CRIS), que colocou o direito à comunicação na pauta política. Ainda que a invocação do direito à comunicação tenha, por variadas razões políticas, deixado de estar numa perspectiva de relevo, ele se torna ainda mais crucial nas circunstâncias contemporâneas, pois ele é imprescindível para a liberdade de manifestação de pensamento e para a liberdade de expressão. O que se objetiva, em última

instância, com o reconhecimento desse direito é assegurar a participação de todos, de forma igual, na esfera pública mediada pelas comunicações sociais e eletrônicas.

Dentre os direitos fundamentais, sempre se identificou alguns direitos conectados com a comunicação humana, dentre os quais a liberdade de expressão, a liberdade de manifestação de pensamento e, também, o direito à informação. A Constituição Brasileira estipulou em seu art. 5º todos esses direitos, em seus incisos IV, VI, IX, XII, XIV. Contém, ainda, a nossa Constituição, um Capítulo, Cap. V, no Título VIII, dedicado à Comunicação Social. Esses direitos estão também expressos em documentos do Direito Internacional. Dispõe, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 19, que "...todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independente de fronteiras." Nesse momento, é importante lembrar que a concepção do direito à comunicação como direito fundamental e humano encontra respaldo em nosso sistema constitucional e legal vigente, ainda que não haja previsão expressa desse direito no texto constitucional brasileiro. Primeiramente, o direito à comunicação compreende o exercício de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de informação, o direito à igualdade, o direito à privacidade, à honra e à imagem, a liberdade de imprensa, todos previstos expressamente na Constituição Brasileira no seu art.5º. Recorde-se, ainda, a disciplina nos arts.220 a 224 da Comunicação Social.

O §2º. do art. 5º da Constituição Federal estabelece a possibilidade de direitos fundamentais implícitos. Resultariam eles do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição, ou dos tratados internacionais em que o Estado Brasileiro seja parte. Essa norma, como nos lembra Ingo Sarlet resulta de longa tradição em nosso Direito Pátrio, que começa com a Constituição Republicana de 1891, traduzindo a compreensão quanto à existência de um conceito material da Constituição, "... no sentido de existirem direitos que por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente no catálogo originalmente definido pelo constituinte." (MARINONI, MITIDIERO E SARLET, 2017, p.217). Dos preceitos legais anteriormente citados e de um amálgama dos direitos citados no parágrafo antecedente, é possível, sem sombra de dúvida, afirmar a existência no sistema constitucional brasileiro do direito à comunicação. Ingo Sarlet reconhece aos direitos fundamentais implícitos a mesma proteção

constitucional prevista para os direitos explícitos, não os diferenciando. Essa nos parece a conclusão mais acertada também. Já se encontra a defesa de que seja expressamente previsto no Texto Constitucional, por meio de emenda constitucional, o direito à comunicação. Ainda que tal previsão não seja indispensável, é possível compreender as razões de quem defende tal alteração da Constituição, já que muitas vezes a invocação em isolado dos direitos fundamentais hoje contemplados, justifica discursos que pretendem desqualificar a tutela constitucional da comunicação social ou da internet, tratando-as não como um direito do cidadão, mas como um mero serviço de utilidade pública.

Frise-se que se verificarmos os tratados e convenções internacionais de que o Estado Brasileiro é signatário, reforça-se ainda a tese de que o direito à comunicação é um direito implícito. Além da já citado art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, relembre a previsão contida no art 27º. 1. , cuja redação é a seguinte: "Art.27º. 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e nos benefícios que destes resultem". No Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Decreto no. 592, de 06/07/92), encontramos as disposições sobre a liberdade de manifestação de pensamento e da liberdade de expressão nos arts.18 e 19, estabelecendo o referido art.19 que a liberdade de expressão inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, em forma impressa ou artística ou qualquer outro meio de sua escolha. Também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Decreto no. 678, de 06/11/92), dispõe o seguinte:

> Art.13º. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão da informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

Esses seriam exemplos de Convenções internalizadas no Direito Brasileiro e que reforçam a concepção do direito à comunicação como direito humano e fundamental. A afirmação de tal direito é destacada como indispensável para a própria realização da democracia. Nos últimos tempos, avulta a importância da comunicação virtual, em que a internet se torna parte onipresente na vida humana. Os desafios da efetivação do direito à comunicação se renovam, já que com relação à internet já não mais se sustentam as primeiras avaliações positivas de democratização da comunicação humana.

A Democracia e a Esfera Pública em tempos virtuais

É indispensável para a democracia a existência de canais de comunicação para os cidadãos poderem discutir os assuntos relevantes, permitindo que esses assuntos repercutam na agenda política. O conceito de esfera pública e a forma como preservá-la nesse mundo de comunicação virtual devem ser repensados, revendo-se a formulação elaborada por J. Habermas. Na teoria habermasiana, a esfera pública constituir-se-ia em âmbito importante, além da institucionalização jurídica dos direitos humanos, para a própria preservação da democracia. A literatura recente, porém, procura rever esse conceito clássico, incorporando uma visão mais "realista" das condições da esfera pública. Hoje essa revisão passa também pela importância que a internet ganha no redimensionamento da comunicação humana.

Na obra de Habermas, o tema da esfera pública ganha relevo com a publicação da "Mudança Estrutural da Esfera Pública". É bem verdade que, como registra Alessandro Pinzani, num estudo empírico sobre o comportamento político dos estudantes universitários alemães, o filósofo já havia apresentava algumas das noções que ele manteria até a publicação do capítulo sobre o tema no "Direito e Democracia", em 1992, como a vinculação da democracia com a ideia da soberania popular, salientando o caráter circular entre a autodeterminação do homem e a própria democracia (PINZANI, 2009, p.39). Isso porque as transformações que a democracia provoca, ao dar suporte a uma autoridade racional é indispensável para o próprio surgimento de cidadãos mais maduros, que por sua vez podem levar ainda mais longe o projeto democrático. Habermas faz nesse momento uma crítica, reiterada posteriormente, à forma do Estado de Bem Estar Social, que teria minado a participação política, deixando a esfera pública para trás, e transformando o cidadão em consumidor. Essas ideias são retomadas e desenvolvidas na "Mudança Estrutural da Esfera Pública", onde faz ele uma descrição do processo de como essa esfera púbica surge na sociedade burguesa a partir da esfera literária. Destaca os locais (salões, cafés) que surgem, onde os frequentadores começaram a discutir literatura e arte, independentemente do status social. Isso se tornou possível pelo próprio desenvolvimento da imprensa escrita e pela expansão das questões debatidas, decorrente da ampliação do público. Esse seria o modelo para a esfera pública política. Aí a questão de debate deixa de ser as obras literárias ou obras de arte em geral, mas a ação do poder público. Essa esfera pública pretendia ser a única fonte legítima da razão universal que deveria fundar a legislação do Estado. Mas existe aí um paradoxo, destacado

por Habermas é que essa esfera pública política, ainda que aparentemente aberta a todos os indivíduos, na verdade só teriam acesso a ela aqueles com poder econômico e educação necessários. Como lembra Habermas (1984, p.150/151), repercutindo a crítica de Marx:

> Enquanto, na reprodução da vida social, relações de poder não tiverem sido efetivamente neutralizadas e a própria sociedade civil ainda basear-se no poder, nenhum estado de direito pode ser construído sobre a sua base, substituindo autoridade política por autoridade racional. Assim, então, também a dissolução de relações feudais de dominação no seio do público pensante não é a pretensa dissolução de dominação política de modo geral, mas a sua perpetuação em outra forma – e o Estado de direito burguês, inclusive a esfera pública, com o princípio central de sua organização, é mera ideologia. Exatamente a separação entre setor privado e setor público impede, nesse estágio do capitalismo, aquilo que a ideia de esfera pública civil promete.

A mudança decisiva teria ocorrido quando a lógica do mercado toma a esfera pública, que ocorre justamente no modelo do Estado Social, em que a relação do cidadão com o poder público se torna passiva, tornando-se ele simples consumidor dos serviços públicos prestados pelo Estado. Nesse contexto, o parlamento se torna um órgão que referenda decisões políticas já tomadas por associações e pela própria burocracia e os partidos deixam de se identificar com classes, se autonomizando perante o parlamento e perante os seus próprios representados. A questão da própria publicidade (e da opinião pública) é revista, já que a publicidade deixa de ser um momento de submissão da questão à livre discussão, passando a ser uma forma de propaganda:

> Ao invés de uma opinião pública, o que se configura na esfera pública manipulada é uma atmosfera pronta para a aclamação, é um clima de opinião. Manipulativo é sobretudo o cálculo sócio-psicológico de ofertas endereçadas a tendências inconscientes e que provocam reações previsíveis, sem, por outro lado, poder de algum modo obrigar aqueles que, assim, se asseguram a concordância plebiscitária. (HABERMAS, 1984, p.264)

As próprias instituições jornalísticas- publicitárias se tornam um poder social, isso faz com que "a formação de uma opinião pública em sentido estrito não é garantida efetivamente pelo fato de que qualquer um poderia expressar livremente a sua opinião e fundar um jornal (HABERMAS,1984, p.264)." Nesse plano, não bastaria uma garantia negativa das liberdades fundamentais, mas seria indispensável, nos alertar o próprio filósofo alemão, que esses direitos sejam interpretados como garantias da participação política. Contrapõe, então, Habermas a essa publicidade desenvolvida de modo demonstrativo ou

manipulativo a uma publicidade crítica, em que o caráter público de uma opinião não provém de um público constituído por associados, mas de um intercâmbio através das mídias e entre organizações sociais e estatais.

Em "Direito e Democracia", o tema da esfera pública é retomado e a ele é dado um papel central. Ele, então, vai definir a esfera pública não como uma organização ou como o próprio sistema da sociedade civil, mas como "...um rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos..."(HABERMAS, 1997, p. 92) Como explicitado por Habermas, é indispensável na democracia a influência política da esfera pública sobre o sistema político, já que ele permite um feedback do poder político informal dessa esfera pública e o poder institucionalizado. Segundo Habermas, o processo democrático deve garantir que "...todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis."(1997, p.93) Apoiado na teoria de B. Peters, Habermas afirma que os processos de comunicação e de decisão do sistema político constitucional estão estruturados num sistema de comportas. Partindo de uma ideia de democracia que traduz a teoria do discurso, as decisões políticas, para serem legítimas, "...têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais."(1997, p.93) Este espaço público político é descrito, ainda, como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem enfrentados pelo sistema político farão eco.

Articula Habermas a esfera pública com o agir comunicativo, constituindo-se a esfera pública no espaço social em que ele ocorre, diferenciando-se da comunicação cotidiana. Nesse espaço, nas relações interpessoais, impera a liberdade comunicativa atribuída reciprocamente, encontrando-se esse espaço sempre aberto para outros "parceiros potenciais do diálogo" (HABERMAS, 1997, p.93). Estaríamos diante de "foros", "palcos" ou "arenas", se fossemos nos socorrer de metáforas. As esferas públicas virtuais diria inclusive Habermas, seriam onde se perceberia mais claramente a "passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública."(1997, p.93). Na esfera pública, há uma intenção de exercer influência, que faz surgir, para além do contexto de interações simples, uma diferenciação entre organizadores, oradores

e ouvintes, entre arena e galeria, entre palco e espaço reservado ao público espectador. Cabe aqui trazer à cena uma diferenciação lembrada pelo próprio Habermas entre atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública e atores que ocupam uma esfera pública já constituída, a fim de aproveitar-se dela, como ocorre no caso dos grupos de interesses. Registra Habermas que as opiniões públicas quando lançadas com uso não declarado do dinheiro ou do poder das organizações, perdem sua credibilidade, tão logo essas forças se tornam públicas, pois "...as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força" (HABERMAS,1997, p.97). Um outro ponto relevante, é que a esfera pública política se forma a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas, que envolveriam "vozes díspares e variadas", mas orientadas pelo entendimento. Mesmo que a complexificação de esferas públicas ramificadas, seria, ainda assim possível a comunicação entre estranhos.

Em entrevista ao El Pais, em 2018, Habermas indagado sobre o papel do intelectual, menciona a deterioração da esfera pública em curso, salientando que a internet deslocou o papel dos meios de comunicação social, o que acabou por agravar a crise já iniciada com a mercantilização da atenção pública. Diz Habermas que hoje os novos meios de comunicação praticariam uma modalidade muito mais insidiosa de mercantilização, pois o que mercantilizam não é a atenção dos consumidores, mas a exploração econômica do perfil privado dos usuários. Salienta ainda que a internet trouxe grandes benefícios para a comunicação, mas se trataria da primeira grande revolução da mídia na história da humanidade que serviria antes de tudo a fins econômicos e não culturais.

Da síntese acima apresentada, é possível aferir a razão pela qual a teoria habermasiana se tornou um ponto de partida comum para todos que querem problematizar a esfera pública virtual. Habermas formula um conceito que é, ao mesmo tempo, descritivo de uma realidade política existente e, ao mesmo tempo, normativo, ao contemplar a esfera pública como espaço do agir comunicativo. Mas, ao contrário do que muitas vezes se delineia, não fornece a teoria habermasiana uma idealização da esfera pública, que se tornaria insustentável diante da avalanche das redes sociais na internet. Algumas das críticas feitas a uma teoria discursiva do direito fundada no acordo (especialmente a idealização do processo de comunicação, que possibilita uma discussão pública visando o acordo), parecem não se aplicar com a mesma força à formulação habermasiana do seu conceito de esfera pública. Talvez Habermas superestime o poder da

democracia para dar conta das manipulações midiáticas e virtuais. Mas, à época em que escreveu "Direito e Democracia" não tinha como antever os caminhos que seriam tomados com a internet.

Ari Adut transcreve a crítica a uma pretensa unidade da esfera pública na teoria habermasiana, confundindo-a com o seu universalismo. Ainda que Habermas suponha possível uma esfera pública que abarcasse toda a humanidade, não formula ele uma ideia unitária de esfera pública, pelo menos na descrição que faz em "Direito e Democracia". Outras críticas são lembradas, como as feitas pelos teóricos feministas. Adut não está interessado na dimensão normativa da teoria habermasiana, e propõe: "What if we relax the discursive conditions and say that the public sphere is where people – whatever their intentions – engage in civil debate?" (ADUT, 2018, p. 5). Mas a crítica de Ari Adut é mais profunda, pois afirma que a perspectiva habermasiana seria não só idealista, mas falharia empiricamente. Vale atentar para essa crítica e verificar sua procedência. Para ele, a principal dimensão da esfera pública não é a criação da opinião pública, por meio da discussão. Isso porque o que faz o espaço público é o acesso geral, mas esse acesso pode ser físico, representacional ou sensorial. E o acesso geral que caracteriza o espaço público ou virtual seria o sensorial, ou seja, o espaço público é aquele espaço em que somos visíveis. Para Adut, a pretensão habermasiana de que na esfera pública se pode chegar a um consenso através da discussão pública nem sempre se confirma. Muitas vezes esse consenso seria obtido por meio de redes privadas- muitas vezes clandestinas. De qualquer forma, o espaço público seria, sobretudo, o espaço em que as pessoas são visíveis: um debate público não seria, portanto, um debate com a participação de todo o público, mas um debate a que o referido público assiste. Existiria uma diferença entre participação e a atenção do espectador e quando mais importante a comunicação for, mas expectadores ela deve ter. Além disso, muito da nossa atividade discursiva é privada, na esfera pública, é comum sermos espectadores, sendo que na esfera pública virtual, existem ainda os espaços semi-públicos, onde nos dirigimos publicamente para um grupo específico de pessoas (veja-se, por exemplo, a utilização do Facebook).Os espaços virtuais são menos igualitários que os físicos em termos de oportunidades de ser visto e de ser ouvido. No entanto, como nos lembra Ari Adut, o espaço virtual atinge mais pessoas. Para Adut, a interação e a participação sempre foram vistas como parte importante da atividade na esfera pública, se esquecendo da importância do expectador, aquele que assiste e existiria uma dimensão positiva da assistência do espectador, quando ele assiste de forma anônima e autônoma de outros espectadores. Como se pode perceber, a descrição

de espaço público adotada por Ari Adut é mais abrangente, por não se circunscrever a uma dimensão do discurso que aparece e pretende o consenso dos demais, mas acaba por abranger todo aquilo que é visível ao outro (ainda que a audição também possa estar compreendida), daí porque menciono ele uma dimensão estética dessa comunicação, por vezes ignorada dos saberes que se pretendem objetivos.

Ainda que a crítica à própria compreensão do que seja uma comunicação democrática seja, a nosso ver, pertinente, é importante registrar que, como nos lembra Van Dijk & Hacker (2018), qualquer democracia precisa de canais de comunicação para que os cidadãos possam expressar publicamente suas visões sobre assuntos que demandam decisão públicas, fazendo com esses temas ingressem na agenda pública.

Convém, nesse momento, diferenciar esfera pública de espaço público. A rigor, o conceito de esfera pública compreende o de espaço público, mas é mais abrangente. Pudemos observar a importância de um conceito normativo de esfera pública, como propugnado por Habermas, mas é possível falar também em termos dos fóruns públicos, onde se materializaria a esfera pública, e aí normalmente se utilizaria o conceito de espaço público. Posso ter espaço público, porém, sem que haja uma esfera pública livre. Teríamos a partir daí, um conceito mais empírico da própria esfera pública, identificado com esse espaço de comunicação de ideias, que surgem na sociedade, sendo tais ideias influências importantes no processo de decisão pública. É esse conceito, inspirado em Manuel Castels, que é assumido por Van Dijk & Hacker (2018), que vão definir esfera pública como um conjunto de espaços online ou offline, integrados em rede. Na visão dos autores, os espaços públicos demandam liberdade de associação, liberdade de expressão e publicação de opiniões, mas eles não têm como ser totalmente livres da interferência do poder político e econômico. A formulação habermasiana de uma comunicação reflexiva livre, de debate racional crítico, não funcionaria em democracias pluralistas e não seria compatível com comunicação na sociedade em redes.

Para Van Dijk e Hacker (2018), uma esfera pública em rede, seria uma infraestrutura de espaços públicos online e offline ligados entre eles. Nessa esfera pública, não se incluiria somente aquela comunicação pública que visa o convencimento, mas toda interação pública entre pessoas, compartilhada em comum. Àqueles espaços característicos da sociedade de massas como descritos por Habermas e outros, em que se encontram as pessoas fisicamente ou espaços na mídia tradicional (jornal, rádio ou canais de televisão) se soma todo o ambiente

online, muitas vezes conectado com esse espaço físico que já existia. Ocorre uma fragmentação da comunicação pública, se multiplicando os espaços públicos, que se estendem inclusive à nível global. Por outro lado, na sociedade de redes, as comunicações privadas e públicas se aproximam, com uma ligação direta, muitas vezes, entre espaços públicos e privados.

Os autores apresentam o que seriam tendências nessa reconstrução do espaço público. A primeira delas seria justamente essa aproximação e até confusão entre espaço público e espaço privado, como ocorre, por exemplo, nas redes sociais. Uma segunda tendência é a abertura maior de acesso ao espaço público com a introdução da via digital, em relação ao período de predominância da mídia social. A Internet facilitou o acesso e a participação do público em geral, nem sempre isso significando um aprofundamento do nível de debate e discussão públicas. Uma terceira tendência é a conectividade extrema e o contágio no espaço público. A comunicação online por meio da internet permite a troça de informação e opinião instantaneamente ao redor do mundo. Existe um lado nem tão positivo nesse processo, com o contágio afetando o ambiente político, especialmente por meio da divulgação de fake news. Outra tendência já concretizada é a aproximação entre o mercado e o espaço público. Se essa interferência do domínio econômico sobre a esfera pública já existia na comunicação de massas por meio dos meios de comunicação social, com a internet ocorre uma fusão entre espaço público e mercado, isso porque o conteúdo da web é comercializável e manipulável inclusive para interesses comerciais. O acesso livre a internet permite a inclusão de um maior número de usuários, mas acaba provocando uma diminuição da qualidade de informação acessível à maior parte das pessoas e uma perda de privacidade. Ademais, a exposição à propaganda, inclusive propaganda política, com base nas informações obtidas a partir do comportamento dos próprios cidadãos, reduzindo a liberdade, inclusive a liberdade política. A tudo isso, é bom acrescentar a discussão em torno do oligopólio das redes sociais por algumas poucas empresas, sendo elas uma parte importante do espaço público virtual. Essa preocupação já existia quanto aos meios de comunicação social, onde também se identificava uma oligopolização, mas a questão se coloca em maior grau com o poder das chamadas "Big Techs" (o poder de Google, Apple, Microsoft, Facebook e Amazon juntos é decisivo para dominar a comunicação pela internet). E, finalmente, uma tendência importante seria a uniformização por meio das "câmeras de eco", que se contrapõe, de certa forma, a uma outra tendência decorrente das multiplicidades dos espaços públicos, de gerar uma maior fragmentação. Se razões mercadológicas (inclusive utilizadas politicamente) fazem com que a comunicação seja ampliada

de forma seletiva, o acesso à comunicação acaba limitado. Fóruns online podem gerar a amplificação de erros, a diminuição da voz das minorias, o efeito cascata – em que o poder das várias vozes mobilizadas acaba por mobilizar outras pessoas e, finalmente, a polarização das opiniões e dos debates.

Como se pode vislumbrar, o livre acesso à internet não conduz necessariamente a uma comunicação mais pública e democrática. Mas convém colocar a questão se essa liberdade de acesso significa uma igualdade de acesso, ou mais ainda, uma igualdade de presença na internet.

Comunicação Democrática e o Problema da Exclusão Digital

Um ideal normativo de democracia supõe processos de comunicação entre os cidadãos e as autoridades públicas, nos quais possa haver críticas e tentativas de convencimento quanto às melhores propostas para resolver os problemas coletivos. A igualdade política, pressuposta numa democracia, determina a existência de uma "norma de inclusão" (YOUNG, 2000), ou seja, devem ser incluídos todos os concernidos. A comunicação democrática deve buscar a inclusão política, como forma inclusive de crítica da legitimidade da democracia praticada. Em muitos casos, porém, ainda que nominalmente incluídos, determinados indivíduos ou grupos de indivíduos continuam excluídos do processo de comunicação.

Já na exclusão interna, as pessoas são formalmente incluídas, mas não são tratadas com igual respeito, faltando às pessoas efetiva oportunidade de influenciar o pensamento de outros quando tem acesso aos fóruns e procedimentos de formação da opinião. A exclusão interna, como realça Iris Marion Young, pode incluir alguns situações, como falta de reconhecimento público (a discussão política é obstaculizada para as pessoas em razão de serem ignoradas, terem outras pessoas que falam por elas, ou pior ainda, serem ofendidas, estereotipadas ou insultadas), a incapacidade de ouvir os outros, quando a fala é diferente da usual (o uso emocional da retórica, por exemplo, pode ter seu valor, apesar de ser muitas vezes menosprezada), a inexistência de uma articulação de afinidades coletivas e um entendimento da experiencia dos outros (o que compreende a ausência de uma narrativa política partilhada).

Será que na comunicação virtual existe exclusão externa e interna? Ou será que a comunicação virtual estabelece uma igualdade maior, diminuindo a exclusão política? Também a exclusão virtual é aspecto da desigualdade social, e ela se

constitui na impossibilidade ou limitações no acesso e na participação no ambiente digital. Segundo Ragnedda &Ruiu (2016), a exclusão virtual não só é uma parte da desigualdade social, como pode, por exemplo, dificultar o acesso à educação, ao trabalho ou à comunicação. Um aspecto importante de realçar é de que a exclusão digital não se dá exclusivamente pela falta de acesso ao ambiente digital, mas também envolve as questões de habilidade e de motivação para acesso. O interesse de acesso à internet, por exemplo, está ligado a posição individual na estrutura social. Aliás, pesquisas empíricas sobre exclusão digital identificam uma correlação entre a pirâmide da desigualdade e a exclusão social: ou seja, quanto melhor a posição do indivíduo na estratificação socio-econômica, maior o acesso à internet. Na superação das desigualdades digitais, Ragnedda &Ruiu (2016) apontam duas abordagens possíveis: a normalização e a estratificação.

Para aqueles que endossam a normalização, ao longo do tempo, o barateamento e a facilidade material ao acesso da internet, provocariam uma progressiva diminuição do hiato digital, com a progressiva diminuição da desigualdade no uso do ambiente digital. Para os adeptos da abordagem da estratificação, não haverá essa superação ao longo do tempo, mas bem pelo contrário, haverá um acirramento do hiato digital já que o ambiente digital reproduzirá as desigualdades socio-econômicas já existentes. A rigor, não se pode ignorar o poder que o acesso digital pode ter de diminuição das desigualdades sócio-econômicas, mas para isso é indispensável que o meio digital permita que isso aconteça, esteja estruturado para isso.

Um aspecto importante da inclusão digital é aquele concernente à participação política. Será que a utilização da via digital propiciaria maior participação política? Existem duas teses possíveis: a tese do reforço e a tese da mobilização. A tese do reforço alega que a via digital somente reforça a participação daquelas pessoas que já estariam de engajadas politicamente. Já a tese da mobilização, afirma que outras pessoas estão se mobilizando pela comunicação virtual, além daquelas que participariam antes da utilização da internet.

A participação é limitada quando há pessoas que são excluídas. Para a participação política por vias digitais, é indispensável ter os recursos para o acesso às redes. Se supunha também inicialmente que a via digital traria mais e melhores meios para o desenvolvimento da democracia. Mas, e se somente alguns podem dispor desses meios?

A exclusão digital pode se dar em fases. Num primeiro momento, a exclusão pode decorrer de falta de motivação ou de atitude para o acesso à

comunicação digital. A falta de interesse, a falta de disposição para aprender como utilizar a nova tecnologia, são fatores que levam os indivíduos a não participar da comunicação virtual. Um segundo momento concerne ao acesso físico, sendo aí os fatores determinantes ter renda suficiente e ter um emprego ou estudo que exija o acesso. Mas não somente. É indispensável ainda ter habilidades digitais ou de utilização da internet. Dentre essas habilidades, podem se identificar as habilidades operacionais (como operar os computadores), habilidades formais (trabalhar com arquivos, páginas, hyperlinks, etc.), habilidades informacionais (capacidade para procurar, selecionar e avaliar informações) e habilidades comunicacionais (capacidade para criar perfis, posts na mídia digital e de se dirigir a outras pessoas nesse meio), habilidades para criar conteúdos (capacidade para criar textos, utilização de vídeos e outros recursos na participação política) e habilidade estratégica (capacidade de utilizar os recursos digitais para o propósito visado). Na participação política online, é indispensável a habilidade para criar conteúdos. Em geral, pessoas com maior nível educacional se mostram melhor em todas essas habilidades, como nos lembram Dijk &Hacker. Um bom exemplo de como a exclusão digital pode se dar em etapas é a que se verifica com a exclusão das mulheres do ambiente digital. Trabalhando com dados do Brasil e da América Latina e Caribe (CEPAL, 2013), pode-se apurar que as mulheres são primeiramente excluídas em função da pobreza em que se encontram (o fenômeno da feminilização da pobreza se agrava na região) e quanto mais pobres mais dificuldade em ter o acesso físico e de deter as habilidades para participar do espaço público virtual. Depois, existe um segundo nível de exclusão, decorrente da identificação das tecnologias de informação e comunicação (TICs) com o mundo masculino, o que deve ser alterado e da dupla jornada de trabalho, que faz com que, mesmo a mulher em situação econômica melhor e mais instruída, permaneça menos tempo na internet do que um homem com a mesma situação e instrução. Finalmente, existe ainda o sério problema da violência digital que tem como alvo, sobretudo, as mulheres (TRINDADE, 2018).

Já tivemos a oportunidade de salientar que a exclusão digital reitera, muitas vezes, a desigualdade sócio-econômica existente. Haveria sempre a possibilidade de um papel transformador da inclusão digital, que poderia modificar a sociedade, quebrando as discriminações variadas que existem. As desigualdades de gênero são uma questão candente das sociedades contemporâneas. Especialmente, as discriminações sofridas pelas mulheres no mundo atual mostram a dificuldade de se buscar a igualdade efetiva, já que a injustiça estrutural dificulta o seu combate. Cumpre indagar se a ambiente digital consegue superar ou mantém essas

desigualdades de gênero. Nesse último caso, se houver uma manutenção ou até um agravamento dessa desigualdade no mundo virtual, essa desigualdade se traduz também em limitação ao direito à comunicação na internet. É indispensável, assim sendo, pensar políticas públicas, que possam trazer maior igualdade à comunicação por meio da internet.

CONCLUSÃO

Do desenvolvimento de ideias, que trazem importantes contribuições sobre a reflexão sobre a esfera pública, especialmente a esfera pública digital, bem como sobre a exclusão social, conclui-se que maior atenção deve ser dada ao problema da exclusão digital, questão bastante complexa e que demandará políticas públicas que visem à falta de acesso e as limitações do uso na internet, especialmente pelas minorias. Pode-se concluir que não existe uma democracia na internet, sendo que o ambiente virtual pode ser mais ou menos democrático dependendo da forma como ele for regulado. A exclusão social demanda uma atenção para a falta de uma efetiva comunicação democrática, mesmo quando ela pareça inclusiva, já que a exclusão interna sempre estará presente numa sociedade marcada por discriminações sociais injustas.

REFERÊNCIAS

ADUT, A. *Reign of Appearances – The Misery and Splendor of the Public Sphere*. Nova Iorque: Cambridge, 2018.

CEPAL. *Mujeres en la economia digital. Superar el umbral de la desigualdade*. Disponível em https://repositorio.cepal.org/handle/11362/16561.Acesso em 15/01/2021.

DEURSEN,A.V. DIJK,J.A.G.M. *The first-level digital divide shifts from inequalities in physical access to inequalities in material access.* New Media &Society, vol. 21(2), p. 354-375, 2019.

DIJK,J.A.G.M V. HACKER, K.L. *Internet and Democracy in the Network Society*. Nova Iorque: Routledge, 2018.

EL PAIS SEMANAL*, Jürgen Habermas: "Não pode haver intelectuais, se não há leitores"*. Madri: Jornal El Pais Semanal, 08/05/2018. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil2018/04/25/eps/1524679056_056165.html. Acesso em 15/01/2021.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia*. Tradução; F. B. Siebeneichler, Vol.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução: F.R. Kötche. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PINZANI,A. *Habermas*. p.39. Porto Alegre: Artmed, 2009.

RAGNEDDA,M. RUIU, M.. *Exclusão digital: como é estar do lado errado da divisão digital*. Rumores 10 (20) p.90. Universidade de São Paulo,2016.

SARLET, I..MARINONI, L.G. MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p.324

WESSLER, H. *Habermas and the Media.* Cambridge: Polity, 2018.

YOUNG, I.M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford,2000.

O DESAFIO DA ESCOLA DA PALAVRA NA EUROPA E NA AMÉRICA LATINA GLOBALIZADAS

Benedicto Gonçalves Patrão
Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado, Niterói-RJ, Brasil
benedictopatrao@id.uff.br

José Vieira
Universidade de Coimbra, Centro de Literatura Portuguesa
Universidade do Porto, Instituto de Filosofia
Jose-cvieira@outlook.pt

Resumo: Diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 26, que toda a pessoa tem o direito à educação. O mesmo direito encontramos na Constituição da República Portuguesa e também na Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Todavia, num mundo cada vez mais globalizado e, por isso, aparentemente mais pequeno, com as ameaças vindas das redes sociais e dos novos *media*, tais como as notícias falsas, temos assistido ao galopar das intolerâncias e dos radicalismos políticos. A seguinte proposta de comunicação tem como objetivo colocar em evidência algumas dessas ameaças não só à sociedade, mas também à escola, ao conhecimento e à educação, por um lado, tendo, por outro, o intuito de apresentar uma reflexão em torno da importância da Escola da Palavra, do Pensamento e da Crítica na Europa e na América Latina, como forma de reivindicação dos direitos humanos fundamentais, à construção de uma sociedade consciente e com massa crítica e à autonomia de pensamento. Para o efeito, serão abordadas as respetivas constituições, de Brasil e Portugal, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e ainda reflexões de alguns intelectuais como António Cândido (Brasil), Vítor Manuel de Aguiar e Silva (Portugal), Nuccio Ordine e Lamberto Maffei (Itália).

Palavras-chave – Educação; Conhecimento; Direito Universal; Portugal; Brasil

Abstract: The Universal Declaration of Human Rights, in Article 26, says that everyone has the right to education. The same right is found in the Constitution of the Portuguese Republic and also in the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil. However, in an increasingly globalized and therefore apparently smaller world, with the threats coming from social networks and new media, such as fake news, we have witnessed the galloping of intolerances and political radicalisms. The following communication proposal aims to highlight some of these threats not only to society, but also to school, knowledge and education, on the one hand, with the intention, on the other, of presenting a reflection on the importance of School of the Word, Thought and Criticism in

Europe and Latin America, as a way of claiming fundamental human rights, the construction of a conscious society with critical mass and autonomy of thought. To this end, the respective constitutions of Brazil and Portugal will be addressed, as well as the Universal Declaration of Human Rights, as well as reflections by some intellectuals such as António Cândido (Brazil), Vítor Manuel de Aguiar e Silva (Portugal), Nuccio Ordine and Lamberto Maffei (Italy).

Keywords – Education; Knowledge; Universal Right; Portugal; Brazil

INTRODUÇÃO

Imprensa – Descoberta maravilhosa. Fez mais mal do que bem.

Gustave Flaubert – *Dicionário das Ideias Feitas.*

Na época em que o grande romancista Gustave Flaubert redigiu o seu famoso *Dicionário das Ideias Feitas* (1995), longe vinham os tempos das notícias falsas, mais comummente conhecidas como *fake news*. De meados do século XIX até aos nossos dias líquidos e post-modernos aconteceram inúmeras mudanças que alteraram a nossa forma de viver em sociedade e de ver o mundo. Se para o autor de *Madame Bovary* a imprensa trouxera uma série de inconvenientes para o quotidiano das pessoas, a verdade é que também acarretou alguns aspetos positivos, tais como o acesso universal à informação, assim como uma forma outra de alfabetização e aculturação.

Mas de que forma é que a Educação enquanto direito fundamental, universal e inalienável, é importante para o desafio da Escola da Palavra na Europa e na América Latina globalizadas? Diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 26, que toda a pessoa tem o direito à educação. O mesmo direito encontramos na Constituição da República Portuguesa e também na Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Todavia, hoje somos constantemente bombardeados com publicidade e informações por todos os *media* e pelas redes sociais.

O mundo que habitamos já não é aquele em que o leitor, a pessoa comum, podia escutar as notícias na rádio ou vê-las na televisão e acreditar na sua veracidade, fruto de um trabalho sério, coerente e intelectualmente honesto. Hoje,

com o aparecimento de novas plataformas, as do mundo digital, todas as informações estão ao alcance de um simples clique ou de um toque no telemóvel.

É certo que as vantagens são evidentes, pois houve a democratização dos meios de comunicação, ao seu acesso e divulgação. No entanto, não é sobre as suas vantagens que este nosso trabalho pretende incidir, mas sim sobre as ameaças que as notícias falsas e as informações truncadas e suspeitas representam para a nossa sociedade e para a democracia, por meio das intolerâncias, dos radicalismos políticos e da tentativa de branqueamento do Conhecimento.

O nosso tempo é o da volatilidade, da rapidez e liquidez de todas as coisas. Das relações amorosas, dos laços sociais, da velocidade da Internet e das informações. Acreditamos que passamos da sociedade do conhecimento para a sociedade da informação e essa mudança de época parece estar a pôr em xeque uma série de instituições tanto físicas quanto identitárias. Falamos da Escola, do modelo de Educação e da forma como, de modo mais intenso e ativo, dos anos 50 a esta parte, houve uma divisão entre o conhecimento.

1. O Individualismo contemporâneo como uma multidão de solitários

Se no início do século XX vivia-se o tempo da sociedade de produção ou do capitalismo de produção, com a criação das grandes indústrias de automóvel, siderúrgica e metalúrgica, entre tantas outras, em meados dos anos 50, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, dá-se o advento do Post-Modernismo. De forma sucinta, entende-se a post-modernidade como sendo "o tempo do triunfo das indústrias da cultura", em que os objetos culturais se transformam em mercadorias na volatilidade dos mercados, em que a estética se dissolve ao serviço da publicidade, ou seja: "é o tempo do triunfo dos media audiovisuais [e digitais] sobre o discurso verbal, desde a política até à pedagogia" (SILVA, 2010, p. 78).

A sociedade contemporânea, impregnada dos ideais do Post-Modernismo, deu espaço ao aparecimento deste tipo de fenómenos que comprometem, por um lado, a opinião pública e a visão das pessoas, e, por outro, ameaçam as instituições públicas. Na sua *magnum opus*, Richard Sennett (1988) analisa esse panorama, expondo os claros limites existentes entre a esfera da ação pública, aberta a terceiros e à diferença, e a vida privada, relacionada com a família e com os amigos íntimos. Limites que não permaneceram intactos na sociedade contemporânea. O advento da contemporaneidade expôs a erosão do equilíbrio, outrora existente

entre a vida pública e privada, base de sustentação da sociedade nos primórdios do capitalismo.

Para o referido autor, o advento do capitalismo industrial e o surgimento de uma nova forma de secularização e o modo como as formas urbanas coexistiram com esses dois fenómenos da contemporaneidade são fatores que contribuem para a explicação da derrocada da vida pública. As consequências desse extenso e contínuo decurso histórico de "esvaecimento da *res publica*, pela crença de que as significações sociais são geradas pelos sentimentos de seres humanos indiv*iduais*" (SENNETT, 1988, p. 413), acarretaram o exaurimento da sociedade atual, em que a cidade deixou de ser um "instrumento da vida impessoal, o molde em que diversidade e complexidade de pessoas, interesses e gostos tornam-se disponíveis enquanto experiência social" (SENNETT, 1988, p. 414).

Como fatores que permitiram o declínio da vida pública e, consequentemente, da vida urbana, Sennett (1988) aponta as mudanças ocasionadas pelo capitalismo no comércio de produtos mediante a homogeneização das mercadorias. Isso porque as indústrias produziram objetos em quantidades maiores e de um modo cada vez mais uniforme, acarretando a mistificação da vida material, especialmente, no que concerne ao modo de consumo dos indivíduos. Esse fenómeno repercutiu-se na própria conceção de cidade, que agora deveria ser funcional e permitir o acesso aos bens, sem os constrangimentos impostos aos indivíduos pelo antigo código de sociabilidade.

Além disso, o ambiente público passa a ser visto como lugar de desordem e caos, enquanto que a moralidade é confiada ao espaço privado, surgindo uma nova forma de relacionamento social com os estranhos, por meio da inclusão da personalidade no domínio público, que criou uma sociedade intimista, a partir de uma secularidade fundada na noção de imanência. Com isso, a relação num mundo de estranhos – que poderia ser construída, em meados do século XVIII, sobre um código de credibilidade socialmente instituído – não é mais possível, diante da atual necessidade de defesa em face do desconhecido, sob a justificativa de que qualquer contacto, necessariamente íntimo, passa a ser constantemente ameaçador.

Assiste-se a uma valorização sem precedentes do privado e da subjetividade, em que a dilatação do "eu" cresce concomitantemente com a desconfiança de tudo aquilo que seja público. Este movimento de obsessão com a subjetividade, denominado "ditadura da intimidade", transforma a privacidade num fim em si mesmo, a partir da conceção de que o "eu" – elevado ao *status* de figura central –

propicia recompensas psicológicas imediatas ao afastar o indivíduo de um suposto ambiente externo vazio e perigoso (SAWAIA, 2008, p. 42). Caminha-se para a consagração do individualismo como modo de vida ideal, em detrimento de um coletivo cada vez mais decadente em que, na busca pela minimização dos conflitos e para que certa "soberania" seja preservada, principalmente, nas irremediáveis situações de proximidade física, exige-se, ao menos, a manutenção de alguma distância psicológica, mesmo nas relações mais íntimas (SERPA, 2007, p. 35).

Nas relações de vizinhança na cidade contemporânea, por exemplo, elas estão condicionadas pelas diferenças entre classes sociais, visto que, enquanto nos bairros populares "a limitação de oportunidades, a pobreza e o isolamento relativos, a insegurança e o medo acabam por fortalecê-las e torná-las parte fundamental da trama de relações familiares", nos bairros de classe média, a "relação entre vizinhos são mais seletivas e pessoais, já que o maior poder aquisitivo faz diminuir a necessidade individual de espaço" (SERPA, 2007, p. 35).

Diante da crescente necessidade de erigir dispositivos de segurança como subterfúgios ao medo que atualmente subjuga o ambiente citadino, a arquitetura das cidades está cada vez mais defensiva, em que a opção por *gated communities* se caracteriza como um dos sintomas do desvanecimento do espaço público. Isso porque, considerada a primeira vítima colateral de uma cidade que perde a árdua luta enfrentada para resistir ao avanço do isolamento dos moradores, a não utilização dos espaços públicos de convivência fez com que a cidade deixasse de oferecer grande parte dos atrativos da vida urbana. O esmaecimento do espaço público implica, portanto, no totalitarismo do isolamento social, correspondendo a um ambiente desolado, habitado por indivíduos supérfluos.

2. A Escola da Palavra: o conhecimento como garante democrático

Em 1959, Charles Percy Snow publica o livro *The Two Cultures and the Scientific Revolution*, onde se encontra o famoso ensaio "The Two Cultures". O ensaio viria a causar tal impacto na civilização ocidental que, a partir daquele momento, a cisão entre ciência e arte ganhou mais adeptos, teóricos e catequizadores. Muito resumidamente, Percy Snow dividiu o conhecimento em dois grandes blocos: o da ciência e da tenologia como fonte do progresso e da nova revolução humana, assente nas medicinas, engenharias físicas e ciências exatas, por um lado; do outro lado, o bloco dos luditas, isto é, daqueles que se

opunham à revolução científica: os literatos, os filósofos e todas as áreas do conhecimento relacionadas com as Humanidades e Ciências Sociais em geral.

Nos nossos dias, também eles fruto da narrativa de Percy Snow, como de outras tantas, é evidente essa cisão entre arte e ciência. De facto, o mundo que habitamos é um mundo da rapidez das descobertas tecnológicas, da constante ânsia da novidade, de um novo automóvel, de um novo telemóvel, do computador último modelo, a par das notícias e informações sempre e em constante atualização.

Com a presença assídua das tecnologias na nossa sociedade e no nosso quotidiano, começamos a assistir a um aumento exponencial de novas plataformas digitais, blogues, revistas, jornais, podcasts, diretos, enfim, uma série de ferramentas que se colocaram à nossa disposição. Este novo estilo de vida veio alterar os nossos hábitos de consumo, de convivialidade, de aprendizagem e de leitura.

Não pretendemos, com esta reflexão, criar um pensamento saudosista ou reacionário em relação ao progresso científico e tecnológico, aliás, indispensável para certo desenvolvimento da humanidade, no que diz respeito aos melhores cuidados de higiene, segurança e saúde, por exemplo. Todavia, o ponto que queremos realçar é aquele que diz respeito à relação entre as notícias falsas, a leitura, a informação, as narrativas e a importância da palavra e do conhecimento na Europa e na América Latina globalizadas.

Ora, o aparecimento da linguagem está diretamente associado à construção daquilo a que chamamos "civilização". A linguagem não deixa de ser pensamento e a forma que o ser humano tem para melhor exprimir esse pensamento são as palavras. Assim, a palavra é uma faculdade que se cultiva e desenvolve na escola, mas também ao longo de toda a vida. Porém, é na escola que o seu potencial pode ser desenvolvido de modo mais dinâmico, eficaz, intenso e profundo, de forma a dotar os alunos de sentido crítico, sensibilidade, capacidade argumentativa e autonomia de pensamento.

No caso da criança e do adolescente, em especial, a volatilização do ambiente de convivência tem efeitos nefastos para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades à medida que a construção da cidadania da infância e juventude surge com o exercício da liberdade em espaços multifuncionais, de preferência públicos, como é a escola, com o objetivo de desenvolver as suas autonomias. No espaço escolar, considerando o afluxo de múltiplas sensações que

podem ser apreendidas, maior será o número de informações sensitivas que a criança receberá e que acarretará o pleno desenvolvimento dos seus sentidos. Isso ocorre porque, desde o nascimento, a criança começa a perceber o mundo e a trabalhar as suas sensações, proporcionalmente desenvolvidas quanto mais adequados e estimulantes forem os ambientes por ela frequentados. O movimento, nessa hipótese, contribui para esse incremento, pois amplia as habilidades motoras da criança (FLEURANCE, 1992, p. 10), ao mesmo tempo que estimula as descobertas sensitivas advindas pela exploração espacial, de tal forma a propiciar o "processo de equilíbrio dinâmico entre assimilação e acomodação sensório-motora" (FLEURANCE, 1992, p. 30).

Para tanto, apenas é possível experimentar o espaço quando há lugar para se mover, sendo aqueles sentidos mais bem desenvolvidos por meio da amplitude dos locais públicos, que ofertam a criação de variadas informações abstraídas de diversas imagens, odores, paladares, sons e toques, de conhecimentos fundamentais para a mente da criança. Nessa perspetiva, o espaço escolar estimula as indigências infantis, que "necessitam de ações, de gritos, do exercício de todos os seus aparelhos sensoriais e motores", de tal forma que a "frustração de suas necessidades se traduz em fadiga, irritação e agressividade, entre outras" (WALLON, 1973, p. 31).

Por conseguinte, as crianças, mediante explorações contínuas do ambiente escolar, conscientizam-se da existência de diversos espaços nos quais podem atuar, cada qual com as suas características próprias, das quais elas não devem ser privadas, o que é igualmente assinalado por Cláudia Oliveira (2008):

> É trabalhando o corpo no espaço público que a criança conhece e participa da dinâmica do viver na cidade, do encontro com a natureza. Na relação com esse espaço ela aprende a medir, em cada movimento, distância, força e velocidade. A cultura da sociedade é aprendida pela criança no espaço e no tempo por observação e imitação, brincando, trocando experiências, criando vínculos com outras crianças e com adultos de diversas classes sociais, eliminando barreiras segregacionistas, desenvolvendo a solidariedade e promovendo a socialização. Estes espaços precisam ser estimulantes, vivos, com diversos tipos de materiais, cores, alturas, formas e texturas. O ambiente prazeroso propicia a socialização. Num espaço adequado, as crianças se sentirão respeitadas enquanto suas usuárias e futuras cidadãs e também o respeitarão, pois ele é o seu espaço. Um espaço público bem projetado criará nas crianças o gosto pela cidade

Assim como a convivência familiar é de suma importância para a manutenção do afluxo de sentimentos íntimos e afetivos da criança e do adolescente, a coexistência no espaço *escolar* também ganha igual e especial relevância. Em ambos os casos, tais situações denotam extrema relevância constitucional ao serem estabelecidas como direitos da criança e do adolescente nas constituições portuguesa e brasileira.

Constata-se, portanto, o reconhecimento legal da importância de inserção da criança e do adolescente neste espaço de convivência. São, nesses espaços de convivência social, ao interagirem com outras crianças e adolescentes e, também, com adultos de diferentes crenças, etnias e classes sociais, que a criança e o adolescente aprendem a relacionar-se e a respeitar as regras de convívio, em especial, conhecem a solidariedade. Ao vivenciar o desvanecimento do espaço público, impede-se que chegue aos olhos dos filhos a transmissão de uma consciência das contradições existentes na nossa sociedade, colocando-os no interior de uma redoma, onde o mundo é apenas observado sob a ótica protecionista de seus pais:

> A cidade é, em realidade, o lugar onde ficamos face a face com os outros, onde estão nossos amigos, onde então desenvolvemos nossas atividades, vivemos nosso dia-a-dia e conhecemos novas pessoas. Enfim, a cidade representa o estar junto. [...]. A imagem urbana, apoiada nos ícones da vida privada, acaba por desintegrar aquela outra imagem que valoriza os espaços coletivos; o uso das cidades se transforma em rotina organizada pela pressa que automatiza e unifica todos os lugares; perdem-se os pontos de referência, as marcas urbanas, os pontos de encontros (OLIVEIRA, 2004, p. 148).

Contudo as atuais cidades tornaram-se um "conjunto de lugares diferentes que tenta excluir pessoas e que não tem mais contato com sua dimensão pública". As pessoas, por sua vez, "são levadas ao desinteresse pelos assuntos públicos e pelo intercâmbio social, não gostam mais de compartilhar, trocar experiências e emoções", de tal forma que "o individualismo está numa crescente ascensão, com os círculos de amizade cada vez mais restritos e homogêneos" (OLIVEIRA, 2004, p. 150).:

> Nós estamos perdendo o espaço público. No momento em que o cidadão perde o espaço público, a cidade lhe oferece muito menos [...]. a reconquista do espaço público tem que ser uma estratégia básica. Nós temos – em São Paulo e em muitas outras cidades – que ser capazes, politicamente e socialmente, de reconquistar o espaço público. Quer dizer, crianças devem poder voltar a brincar na rua ou se socializarem na frente de casa e não apenas em lugares fechados (WILHEM, 1997, p. 14).

No caso das crianças e dos adolescentes, eles "conhecem uma cidade de forma fragmentada, onde apenas algumas caminham pelas ruas e podem brincar nos poucos parques e praças existentes", fazendo com que a não utilização dos espaços públicos acarrete, na infância e juventude, a perda dos estímulos espaciais necessários ao desenvolvimento:

> As constantes mudanças no significado e na importância dos lugares de encontro, diante da nova dinâmica das informações e no ritmo de viver, tornaram muitos dos espaços públicos da cidade em lugares de passagem – a rua, o principal dos espaços públicos, transformou-se em apenas um local de trânsito, de circulação e pista de rolamento de veículos. Como conseqüência, além da menor atenção dada ao espaço público e da degradação urbana que isso acarreta, perdemos componentes da qualidade da vida urbana, o de confronto (do debate e opinião), dos encontros informais e espontâneos e do crescimento coletivo. Um exemplo disso são os espaços públicos destinados à recreação e à diversão das crianças, com atividades que ocorram em sua peculiar diversidade, permitindo sua socialização e convivência com outras crianças, além do desenvolvimento da civilidade e da cidadania. Infelizmente, em sua maioria, essa determinação se encontra absorvida por espaços privados (abertos e fechados) de lazer e restritos a quem de direito: as áreas abertas dos condomínios fechados, dos clubes e os espaços cobertos do quarto, das brinquedotecas, dos shoppings, dos centros esportivos, culturais e de lazer, quase sempre segregadores e enquadradores de comportamento massificador e consumista. (FREGNANI, 2010)

No mundo de hoje, dos smartphones e quejandos aparelhos eletrónicos, a palavra e a narrativa foram comprimidas ao máximo possível, seguindo na lógica de que tempo é dinheiro. O mesmo aconteceu com as notícias e informações que antigamente líamos nos jornais ou escutávamos na rádio ou víamos na televisão. Agora, o constante alerta das notificações dos smartphones no nosso bolso a cada trinta segundos, o *zapping* que fazemos e o atualizar em cada motor de busca, traz novas informações e novidades, normalmente associadas a um mínimo de palavras possível, de modo a captar a atenção do visualizador, seja através de um escândalo, de corrupção ou de fofocas sobre a devassa da vida privada.

A diminuição da linguagem e da palavra ao mínimo de caracteres levou também a um certo entorpecimento da nossa capacidade de leitura, de escuta, de atenção e de organização de um discurso ou diálogo coerentes. A par disso, as notícias falsas vieram romper ou eliminar algumas âncoras que tínhamos, enquanto sociedade, em relação ao Estado e às suas instituições, à política e aos políticos e também ao conhecimento.

As narrativas atuais são praticamente contra qualquer tipo de narrativa coerente, pensada e construída com propósitos altruístas. As notícias falsas circulam mais rapidamente que uma crítica literária ou um comentário musical ou um ato político nobre. As notícias falsas parecem fazer parte de um normal quotidiano aceite por milhões de pessoas, o que é alarmante. São notícias em relação à atual pandemia da COVID-19, aos direitos dos trabalhadores, aos direitos sociais, à passividade com que a violência é aceite, etc. O tipo de discurso sensacionalista, pejado de adjetivos e exclamações, de imagens e cores apelativas, fez do sujeito do nosso tempo uma espécie de produto, de cobaia enjaulada dentro do seu próprio smartphone.

Escreve Lamberto Maffei no seu ensaio *Elogio da Palavra* que os chineses criaram um nome para as pessoas que, em qualquer lugar e a qualquer momento, estão com os olhos virados para os seus aparelhos eletrónicos – "«a tribo das pessoas de cabeça baixa»" (MAFFEI, 2019, p. 23). A constante redução dos caracteres e o atroz bombardeamento de informações levou, assim, à passagem da sociedade do conhecimento para a sociedade da informação. É neste ponto que a Educação, a Escola, a sala de aula e o professor, surgem como baluartes de resistência ou como veículos capazes de conduzir as novas gerações de maneira diferente. No mundo de hoje torna-se muito difícil distinguir aquilo que é uma notícia verdadeira de uma mera informação falsa. Parece uma tarefa hercúlea entender aquilo que é conhecimento baseado na observação, reflexão e experiência de uma mera opinião.

Parece-nos evidente, portanto, que a Escola ocupa um lugar primacial, sendo a Educação não só um direito, mas um salvo-conduto, uma semente capaz de frutificar e criar mudanças que alterem os atuais paradigmas. Na hora de sabermos distinguir entre aquilo que é mera informação que busca somente gostos e partilhas, não apresentando qualquer conteúdo ou conhecimento e aquilo que de facto é uma informação que pretende acrescentar conhecimento pertinente e relevante, é a educação que serve de bitola. No momento de sabermos construir a nossa opinião, de forma coerente, estruturada e pensada, é a educação que tivemos que se reflete.

É a escola, *Scholé*, como diziam os gregos, o lugar de excelência, onde existe "tempo de reflexão para falar com Sócrates e com a arte da maiêutica para fazer emergir de nós mesmos verdades escondidas" (MAFFEI, 2020, p. 16). Torna-se premente, então, a Escola da Palavra. Como sabemos, *logos*, poderá significar palavra e razão. A Escola da Palavra é a Escola do conhecimento humanístico e

humano. A Escola da Palavra é a escola da tolerância e da abertura. Do diálogo, do debate, do pensamento lento porque implica tempo e espaço.

A tecnologia pode ter tornado as comunicações entre os humanos mais rápidas, é certo, mas não podemos esquecer o seguinte: "as comunicações entre neurónios permanecem alteradas" (*Idem*, p. 34). A economia de mercado e a sociedade da informação não têm como prioridade a formação de cidadãos críticos, uma vez que estes poderiam revoltar-se contra esse modelo, fazendo a apologia de um outro, mais sustentável e humano.

Como disse George Steiner em várias conferências, as humanidades, por si só, não humanizam, isto é, não é o por lermos um texto de Machado de Assis, de Eça de Queirós, de Flaubert, de Dante, de Tolstoi ou de Shakespeare que fará de nós pessoas melhores só porque com mais leituras. Não. As mesmas pessoas que se juntavam ao serão, com amigos e com os filhos no colo a escutar Schubert, na manhã seguinte iam para um campo de concentração como se se tratasse de um trabalho normal. As mesmas pessoas que escutam uma ópera de Verdi ou de Wagner passam por um indigente com a maior das indiferenças.

As humanidades não humanizam, mas constituem um dos melhores apetrechos de que dispomos para combater a barbárie. Quando falamos de humanidades, referimo-nos a todas as áreas que pensam o ser humano: a filosofia, a literatura, a história da arte, a história, o direito, enfim, os "*studia humanitatis*, ou *litterae humaniores*" – saberes e disciplinas "que exprimem, fortalecem e defendem a *dignita hominis*" (SILVA, *op. cit.*, p. 54). As humanidades não humanizam, é certo, mas são, possivelmente, a nossa melhor aposta. As Escola da Palavra é, pois, uma escola que pretende cultivar o entusiasmo do conhecimento, a energia do sentido crítico e cívico, a capacidade de questionar e questionar-se, enfim, uma escola da maiêutica socrática, desse dar à luz que é uma verdadeira tomada de consciência.

Parece-nos que o direito à Educação se transforma assim na Educação como Direito, pois já não é suficiente o direito à Educação. Torna-se necessário o direito à literatura, como escreveu Antônio Cândido, e o direito à Educação humanística e à Escola da Palavra.

CONCLUSÃO

No seu ensaio "O Direito à Literatura", de 1988, Antônio Cândido dizia que "a nossa época é profundamente bárbara, embora se trate de uma barbárie

ligada ao máximo de civilização" (CÂNDIDO, 2004, p, 170). De 88 até aos dias de hoje, a única coisa que parece ter mudado no teor das palavras do crítico brasileiro foi o alcance e a realidade intensa dessa barbárie.

A educação contribui, poderá contribuir para uma globalização mais consciente, sustentável e saudável, ao invés de uma espécie de democratização encapotada que introduziu a ideia de que as "diferenças são um obstáculo que deve ser removido, um impedimento à comunicação e não um estímulo à abertura a outras realidades" (MAFFEI, 2019, p. 15).

A Escola da Palavra deve cultivar esse confronto de nós próprios com o outro, pois é daí que nasce o fascínio da diferença e da tolerância, ao percebermos a riqueza que o outro tem para oferecer. É essa globalização, na linha de José Saramago, que deveria interessar: uma globalização que levasse pão para todos, mais justiça social, uma vida melhor. Mas não é isso que se tem passado. A globalização atingiu proporções dantescas no que diz respeito ao fosso entre ricos e pobres. Estes cada vez mais miseráveis, aqueles cada vez mais endinheirados.

O saber, por si só, "constitui um obstáculo ao delírio da omnipotência do dinheiro e do utilitarismo. Tudo se pode comprar, é verdade (…). Mas o conhecimento, não. O preço a pagar pelo conhecimento é de outra natureza bem diferente" (ORDINE, 2016, p. 14).

É esse valor que a Escola da Palavra tem no seu cerne: o verdadeiro valor das coisas reside em si mesmo. O Conhecimento vale por si. Esse mesmo conhecimento pode ser fundamental para combatermos a propagação de um outro vírus cuja vacina depende somente da nossa consciência crítica e acuidade intelectual.

REFERENCIAS

CÂNDIDO, Antônio. "O Direito à Literatura". *In*: *Escritos Vários*. 4ª Edição, reorganizada pelo autor. Duas Cidades. Ouro sobre Azul: São Paulo e Rio de Janeiro, 2004.

FLAUBERT, G. *Dicionário das Ideias Feitas*. São Paulo: Nova Alexandria, 1995.

FLEURANCE, Philippe. *L´evolition dês habilites motrices de l´enfant*. In: BROUGÉRE, Gilles (Org.). *Rencontre des profissionals de la petite enfance: activités motrices et ecucation physique*. Paris: Université Paris-Nord, 1992.

MAFFEI, Lamberto. *Elogio da Lentidão*. Tradução de José Serra. Lisboa: Edições 70, 2020.

_____. *Elogio da Palavra*. Tradução de José Serra. Lisboa: Edições 79, 2019.

OLIVEIRA, Cláudia. *O Ambiente urbano e a formação da criança*. São Paulo: Aleph, 2004.

_____. *Entrevista concedida à Mônica Herculano, jornalista do portal do GIFE - Grupo de Institutos Fundações e Empresas*. Disponível em: <http://www.gife.org.br/redegifeonline_noticias.php?codigo=849&tamanhodetela=3&tipo=ie>. Acesso em: 17 de setembro de 2008.

ORDINE, Nuccio. *A Utilidade do Inútil. Manifesto*. Tradução de Margarida Periquito. Lisboa: Faktoria de Livros, 2016.

SAWAIA, Bader B. Família e afetividade: a configuração de uma práxis ético-político, perigos e oportunidades. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITELE, Maria Faller (Org.). *Família: Redes, Laços e Políticas Públicas*. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SERPA, A. Espaço Público e Acessibilidade: Notas para uma abordagem geográfica. GEOUSP Espaço e Tempo (Online), [S. l.], v. 8, n. 1, p. 21-37, 2004. DOI: 10.11606/issn.2179-0892.geousp.2004.123865. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/123865. Acesso em: 31 jan. 2021.

SILVA, Vítor Aguiar e. "As Humanidades e a cultura pós-moderna". *In*: *As Humanidades, os Estudos Culturais, o Ensino da Literatura e a Política da Língua Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2010.

WALLON, Henri. *Lês ages de l´enfant (III) (aprés 11 ans) vers une vie d´homme*. Paris: Universitaries, 1973.

WILHEM, Jorge. FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno 5, 24 de agosto de 1997.

DESINFORMACIÓN EN CONTEXTOS ELECTIVOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: la falta de convencionalidad de la ley brasileña 13.834/2019

Elder Goltzman
Universidade Federal do Maranhão, Mestrando em Direito, Analista Judiciário do TRE-PA, Marabá, Brasil, elder.goltzman@discente.ufma.br

Monica Sousa
Universidade Federal do Maranhão, Doutora em Direito, Professora do PPGDIR-UFMA, São Luís, Brasil, monica.teresa@ufma.br

Resúmen: Este artículo tiene como problema de investigación averiguar la compatibilidad material del arte. 326-A del Código Electoral, insertado por la Ley nº 13.834 / 2019, en comparación con el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que trata de la libertad de expresión. El objetivo es hablar sobre el concepto y alcance de la libertad de expresión, sobre la libertad de expresión dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la adecuación de crear delitos para combatir las noticias falsas en contextos electorales. Se adopta el método de investigación jurídico-descriptiva y se utilizan las técnicas de investigación bibliográfica y documental. Se concluye por la incompatibilidad material del delito y, en consecuencia, su falta de convencionalidad.

Palabras clave: Libertad de expresión; Sistema interamericano; Desinformación; Ley 13.834 / 2019.

Abstract: This paper has as its main research issue to investigate the material suitability of Law 13.834/2019, which inserted the article 326-A in the Brazilian Electoral Code, and the article 13 of the Interamerican Convention of Human Rights, which deals with free speech. The objectives are to discuss free speech's meaning and reach, to discuss free speech within the Interamerican Human Rights system and to discuss the suitability of creating crimes to oppose disinformation in electoral contexts. The methodology used is juridic-descriptive and the research techniques used were bibliographic and documental. The conclusion is that Law 13.834/2019 is not suitable regarding free speech and, therefore, is considered inconventional.

Key-Words: Free Speech; Interamerican System; Disinformation; Law 13.834/2019.

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un derecho vinculado al funcionamiento del Estado de derecho democrático. Los ciudadanos necesitan poder exponer sus pensamientos, opiniones, creencias, desacuerdos e insatisfacciones en la conducción de los asuntos públicos para que, ante la diversidad de argumentos, las mejores decisiones las tomen los directivos.

En América del Sur, este derecho cobra más relevancia porque en la historia reciente "estuvo básicamente dominado por regímenes militares, que llevaron a cabo brutales represiones, con decenas de miles de desaparecidos, torturados y asesinados, con el pretexto de combatir la 'subversión comunista' supuestamente materializada en organizaciones guerrilleras "(COGGIOLA, 2014, np).

En este contexto, la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha estado activa en la defensa y fortalecimiento de la libertad de pensamiento y opinión en sus países miembros. La institución cuenta con informes y publicaciones periódicas que dan un panorama de este derecho en los países que la integran.

Recientemente, el tema de la libertad de expresión ha vuelto a ser el centro de atención debido a las noticias falsas. Con el pretexto de combatir la proliferación de las famosas *fake news*, especialmente en contextos electorales, las legislaturas nacionales han aprobado leyes que ponen en riesgo el debate de ideas.[1]

En Brasil, a fines de 2019, se publicó la Ley 13.834, que creó el delito de denuncia calumniosa con fines electorales mediante la inserción del artículo 326-A en el Código Electoral brasileño. El mecanismo penaliza con pena de prisión de dos a ocho años y multa a quienes provoquen el inicio de una investigación policial, un proceso judicial, una investigación administrativa, una investigación civil o una acción administrativa por mala conducta, atribuyendo a alguien la práctica de un delito o de una infracción de la cual se le conozca inocente, con finalidad electoral.

Sin embargo, el país ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos que consagra la libertad de expresión en su art. 13 y, por ello,

1El sitio web de Poynter tiene un gráfico que mapea las diversas iniciativas tomadas por los países para combatir las noticias falsas. La publicación está solo en inglés. Para consultarlo, acceda a https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/

tiene que tener cuidado al elaborar reglas que limiten el mercado de ideas. Así que este artículo presenta como problema de investigación comprobar la conformidad material[2], o no, de la Ley nº 13.834 / 2019 cuando comparada al art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

Para ello, se adopta el método de abordaje jurídico-descriptivo (GUSTIN; DIAS, 2015) y como técnicas de investigación la bibliográfica y la documental, especialmente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las publicaciones oficiales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El trabajo se dividió en tres apartados que corresponden a sus objetivos. Inicialmente se discute el concepto y alcance de la libertad de expresión. Las ideas de Mill (2011) se adoptan como marco teórico; El segundo tema trata de la libertad de pensamiento dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El tercer punto trata sobre la desinformación (noticias falsas) y sobre la criminalización de la libertad de expresión en respuesta al problema de las noticias falsas en contextos electorales. En las consideraciones finales se concluye por la adecuación material, o no, del art. 326 frente al art. 13 de la Convención.

1. Reflexiones sobre la libertad de expresión

La Constitución Federal y la Convención Interamericana de Derechos Humanos ya enfatizan, en sus preámbulos, la importancia de la democracia para el estado de derecho[1]. Chomsky (2014) presenta dos concepciones diferentes para el término democracia, pero solo una de ellas traduce el ideal democrático fáctico porque abarca la participación popular.

Para Chomsky (2014) hay una democracia en la que las personas pueden participar activamente en la conducción de los asuntos personales de interés, además de contar con canales de información de forma gratuita y accesible. En esta concepción, el ciudadano es libre de experimentar e incidir en la toma de decisiones públicas y también tiene a su disposición herramientas que permiten anclar sus posiciones en datos y fundamentos de interés colectivo.

También existe la democracia "que considera que se debe impedir que la gente conduzca sus asuntos personales y los canales de información deben ser controlados de manera estricta y cercana". (CHOMSKY, 2014, p. 6). La idea de democracia defendida por la Constitución y la Convención está contenida en la

primera exposición de Chomsky (2014) y no puede llevarse a cabo sin que el ciudadano tenga libertad para expresar sus opiniones.

Bento (2016) agrega que el libre debate y deliberación sobre asuntos de interés público son presupuestos del propio concepto de democracia. Y esto se debe a que la existencia de un sistema democrático no se puede considerar en silencio. La participación de los individuos es necesaria a través de la exposición de sus ideas y creencias. No es sin razón que los regímenes dictatoriales instituyan formas de censurar a sus oponentes.[2].

Por ello, la libertad de expresión es un derecho fundamental de los sistemas democráticos. Mill (2011), en el siglo XIX, enfocándose en el problema de la libertad de expresión, defendía la amplia libertad del individuo para expresarse, aunque es cierto que la opinión expresada es falsa, siendo este el principal marco teórico adoptado en esta investigación.

Para Mill (2011), cuando a alguien se le impide expresarse bajo la justificación de la certeza de la falsedad del argumento ajeno, se asume que la certeza del silenciador es absoluta e infalible. Resulta que la falibilidad es una característica del hombre y, como consecuencia, no hay forma de estar seguro de qué parte del debate está equivocada.

En ciencia política, el tema tiene trazos importantes. Lewis (2009) informa que los Estados Unidos de América periódicamente están aterrados de miedo como resultado de la manipulación política. Infundir miedo en la gente, según el autor, permite a los políticos justificar sus abusos, que ahora se cometen por el bien de los estadounidenses. Así, confundidos por el miedo, los votantes legitiman explicaciones que pueden no ser sostenidas en el futuro, haciendo que la verdad del pasado sea objeto de cuestionamiento.

Mill (2011), desarrollando su teoría, cuestiona las certezas absolutas de los individuos, ya que, aunque las personas escuchan voces con argumentos disidentes de los suyos, solo confían en las opiniones compartidas con las personas de su entorno. El círculo cercano representa el "mundo" de las certezas infalibles de cada persona.

2 Carvalho (2014) explica que uno de los pilares de la dictadura militar brasileña (1964-1085) fue precisamente la censura política a la prensa para silenciar publicaciones o informes capaces de llegar a las autoridades o estructuras gubernamentales.

> ... para cada individuo, el mundo es esa parte del mundo con la que entra en contacto; su partido, su secta, su iglesia, su clase social: casi se puede decir que la persona para quien el mundo es algo tan amplio como su propio país o su propio tiempo es, en comparación, liberal y tiene opiniones amplias. Y su confianza en esta autoridad colectiva no se ve afectada en modo alguno por ser consciente de que otras épocas, países, sectas, iglesias, grupos y partidos han pensado, e incluso ahora piensan, exactamente al revés. Ella traslada la responsabilidad de la certeza a su propio mundo, a diferencia de los mundos disidentes de otras personas; y nunca le preocupa que la mera casualidad haya establecido cuál de estos mundos es el objetivo de su confianza, y que las mismas causas que la convirtieron en sacerdote en Londres la hubieran convertido en budista o confuciana en Beijing (MILL, 2011, p. 31).

En tiempos de redes sociales e internet, cuando las interacciones y la búsqueda de información pasan por el espacio virtual, la formación de las certezas absolutas de cada una, que previamente fueron consolidadas por el círculo cercano, empieza a ser determinada por algoritmos que aportan solo lo que el usuario quiere ver; se trata del filtraje, que consiste en la elección que hacen las plataformas de acercar únicamente al individuo contenidos relacionados con sus accesos. Con eso, el individuo comienza a vivir en una burbuja y sus informaciones no serán diversificadas, sino personalizadas y siempre relacionadas con algo que mantenga su interés (SUSTEIN, 2018).

Así, si un sujeto se identifica con un determinado espectro político y a través de sus redes sociales busca páginas o informaciones relacionadas con sus convicciones o creencias, permanece en una burbuja de información. El algoritmo de la plataforma capta el interés y ofrece más contenido similar al que accede el individuo.

Wu (2018) explica que esto sucede para que la atención del usuario se mantenga en la plataforma. Así, la empresa puede revenderlo a anunciantes, por ejemplo; el autor llama al fenómeno de la Economía de la Atención porque lo que se vende es la atención de la persona que usa las redes. Poner a disposición a aquel que accede a internet algo que no le gusta tiende a hacer que dedique menos tiempo a navegar.

Como los sujetos, a través de estas redes, ven solo lo que se relaciona con sus accesos, sus creencias se polarizan y acaloran ante discursos distintos a los suyos, colaborando para el aislamiento de las personas que no saben cómo lidiar con quienes no están de acuerdo con ellos (SUNSTEIN, 2001). El mundo exterior

se convierte en un entorno de iguales. Se evitan los pensamientos disonantes porque molestan al interlocutor que ha dejado de acostumbrarse a escuchar pensamientos que chocan con los suyos, ya que en internet tiende a encontrar personas afines.[3].

El espacio de debate en la esfera pública, conceptualizado por Habermas (1974 p. 49, nuestra traducción) como "un dominio de nuestra vida social en el que se puede formar algo que se acerca a la opinión pública" permanece perjudicado ante el aislamiento de personas que se quedan llenas de certezas y creen en sus verdades. No hay contradictorio, tampoco existe enfrentamiento. El ciudadano es expuesto a una linealidad de pensamiento.

Resulta que la verdad también es un concepto indeterminado y, por ello, puede ser adulterado a través de justificaciones que ocultan la culpa. Keyes (2004) afirma que hoy vivimos el momento de la posverdad, precisamente por la facilidad que tienen los individuos para modificar la racionalidad de los hechos para adecuarlos a sus creencias.

Un ejemplo es la supuesta debilidad del proceso de votación electrónica en Brasil. Aunque no haya evidencia o comprobaciones de fraude, algunos brasileños creen firmemente que las urnas electrónicas están sujetas a falsificaciones en el conteo de votos. Por tanto, al encontrar alguna noticia o elemento que sostenga una creencia preconcebida, aunque no sea cierta, los sujetos crean mecanismos internos que justifican y racionalizan la mentira que se convierte, al final, en verdad.[4].

Mill (2011), incluso en el siglo XIX, predicaba que solo se puede saber sobre un tema escuchando todas las opiniones al respecto, incluso si son falsas. La incomodidad causada por el desacuerdo debe ser soportada para llegar a una conclusión reflexiva. No en vano, en un entorno democrático, pensadores como

3 Incluso existe el riesgo de que la interacción sea artificial ante la existencia de bots. En resumen, los bots son robots que pueden interactuar en las redes sociales como si fueran humanos. En Twitter, por ejemplo, existen herramientas que identifican si un determinado perfil es humano o no. Para obtener más informaciones, consulte el sitio web de la aplicación brasileña desarrollado por el Instituto de Tecnología y Sociedad de Río de Janeiro (ITS Rio) titulado Pega Bot. https://itsrio.org/en/projetos/pegabot/

4 Como ejemplo, se mencionan los videos que circulan en WhatsApp y Youtube y que son desmentidos por la prensa, como este https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2020/11/18/e- falso-ese-video-prueba-que-es-posible-defraudar-una-urna-electronica.ghtml

el inglés entienden que algunos debates solo llegan al público porque se sembraron mentiras dentro de la comunidad. En las elecciones brasileñas de 2018, por ejemplo, se discutió mucho sobre género debido al supuesto kit gay que se distribuiría en las escuelas públicas.[5]

Warburton (2009) afirma que para Mill estaba claro que incluso las opiniones falsas tienen un rol en el libre mercado de ideas. Si se silencia a quienes profieren ideas falsas, existe el riesgo de que el conocimiento del individuo se vuelva dogmático; corre el riesgo de creer sin comprender las razones detrás de esa creencia o simplemente creer en evidencias que sostengan aquello que se tiene como verdad.

Para Mill (2011), sin garantizar la libertad de expresión, no se puede afirmar la verdad, aunque que, con ello, se corra el riesgo de que la verdad sucumba ante la mentira. Osório (2017) considera que en determinados momentos históricos el pensador inglés reconoce que prevaleció la mentira, pero sostiene que, aun así, hay que correr el riesgo.

> La Iglesia más intolerante, la Iglesia Católica, incluso en la canonización de un santo, acepta a un "abogado del diablo" y lo escucha con paciencia. Parece que los más santos honores póstumos entre las personas no se pueden otorgar hasta que se conozcan y tengan en cuenta todo lo que el diablo pueda decir en su contra. Si no se fuera permitido cuestionar hasta mismo la filosofía newtoniana, la gente no sentiría una certeza tan completa de su verdad como ahora sienten. Nuestras creencias más justificadas no tienen cualquier otra garantía (MILL, 2011, p. 33-34).

Además, al ser un animal, el hombre estaría sujeto a errores no solo del intelecto, sino también de sus instintos (MILL, 2020). Esta doble posibilidad de fallar y alejarse de lo que es verdadero sin darse cuenta de que se está equivocando resulta ser otro fundamento más para que se toleren los discursos falsos.

Si tenemos instintos intelectuales que nos llevan a juzgar de una manera particular, así como instintos animales que nos instan a actuar de una manera particular, no es necesario que los primeros sean más infalibles en su ámbito que los segundos en el suyo: puede ser que en ocasiones los instintos intelectuales sugieran juicios erróneos, así como acciones erróneas por los instintos animales (MILL, 2020, p. 85).

---

5 El Tribunal Superior Electoral, incluso, determinó la remoción de dicho contenido. Para obtener más informaciones, visite https://www.conjur.com.br/2018-out-16/ministro-tse-determina-remocao-videos-kit-gay

2. Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la libertad de expresión se celebra y las limitaciones se ven con cautelas, especialmente en países con una historia reciente de dictaduras (GROSSMAN, 2001).

El marco normativo para la libertad de expresión es el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, sin importar fronteras, ya sea verbalmente o por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro proceso de su elección ".

En este sentido, "la censura previa, las leyes de desacato y la consiguiente responsabilidad excesiva por injuria, calumnia y difamación son medidas que atentan gravemente en contra de la libertad de expresión" (GROSSMAN, 2001, p. 621, nuestra traducción). El significado de la norma es permitir que los ciudadanos participen en la vida política del Estado del cual hacen parte sin temor a represalias y sin utilizar la maquinaria pública para perseguir a los opositores.

Grossman (2001) explica que la libertad de expresión, en la jurisprudencia de la Corte, tiene un carácter dual. Involucra el derecho de las personas a expresarse y también el derecho a recibir informaciones e ideas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, explica que la libertad de expresión tiene tres dimensiones principales dentro de los sistemas democráticos. La primera se refiere al derecho a pensar por uno mismo y compartir ideas con los demás (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009). Engloba, por tanto, no solo el derecho a pensar según las propias convicciones, sino, sobre todo, la garantía de poder difundir sus creencias a los demás.

La segunda dimensión de la libertad de expresión tiene una relación estructural con la democracia, y la Comisión considera el propósito, la razón del art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y se refiere a la protección y promoción de la libre circulación de información, ideas y expresiones de todo tipo (INTER-AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS, 2009). Para la Comisión

> El pleno ejercicio del derecho a expresar sus propias ideas y opiniones, y a difundir toda la información disponible, así como la posibilidad de deliberar de manera abierta y sin censura sobre los problemas que conciernen a todos es una condición indispensable para la consolidación, funcionamiento y preservación de los regímenes democráticos (INTER-AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS, 2009, p. 3, nuestra traducción).

El enfoque de la libertad es impedir la censura que destruye el funcionamiento de las democracias. La censura acaba aumentando el poder del Estado para que los discursos que pasan por la esfera pública necesiten la impronta de agentes públicos. Sin embargo, no es raro que quienes ejercen actividades públicas sean criticados por su desempeño.

Lewis (2009) recuerda que en la Inglaterra del siglo XVI, el rey Enrique VIII solo permitía la impresión de los escritos que habían sido previamente autorizados, aunque si se trataba de un folleto o de la escala de llegada y salida de los barcos. El sistema de licencias rodeó opiniones poco ortodoxas sobre el reino.

La tercera dimensión se refiere a la conexión de la libertad de expresión con el ejercicio de otros derechos. Sin libertad de expresión, no habría pleno ejercicio de los derechos de asociación, libertad religiosa, educación, identidad étnica y cultural e igualdad. (INTER AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS, 2009).

En este punto, el derecho a poder expresarse luce como un instrumento para hacer valer otros derechos. Sin él, por ejemplo, la libertad religiosa estaría perjudicada, porque las personas tendrían que profesar su fe en secreto. Asimismo, la expresión artística podría estar sujeta al escrutinio de terceros. Las asociaciones necesitarían autorizaciones gubernamentales para su instalación y funcionamiento.

Las restricciones a la libertad de expresión, especialmente las de carácter criminal, como recuerda Bento (2016), están preocupadas por su efecto de autocensura en las personas. Los ciudadanos, por temor a las reprimendas criminales del Estado, no expresan su opinión y se alejan del debate público. Sustein (2019), e la misma línea, afirma que la criminalización de conductas relacionadas con la libertad de expresión probablemente censure la aparición de verdaderas narrativas al inculcar miedo en las personas. Además, el juicio de lo verdadero o falso sale de la esfera pública y pasa a manos del Estado, dando más poder sobre la vida de los ciudadanos.

En el contexto del proceso electoral, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que la libertad de expresión adquiere características

especiales y cualquier restricción debe ser vista con cautela. La libertad de opinión durante las elecciones funciona como una herramienta para formar la opinión de los votantes; a favor de fortalecer el debate político entre los participantes, además de permitir un mayor escrutinio en las plataformas de los candidatos (INTER-AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS, 2009).

Es importante señalar que la Corte ha apuntado que los límites a las críticas a los políticos son más amplios que los relacionados con la gente común, ya que los candidatos están disponibles para el análisis de sus palabras y acciones tanto por parte de la opinión pública como por los medios de comunicación, lo que por sí solo demuestra un mayor grado de deber de tolerancia (INTER-AMERICAN COMISSION OF HUMAN RIGHTS, 2009).

El caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 2004, muestra cómo el sistema interpreta la libertad de expresión en el contexto estadounidense[6].

En cuatro ocasiones, en el 1995, la periodista Herrea Ulhoa publicó en el periódico "La Nación" artículos que reproducían informes de la prensa belga. Resulta que los escritos atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante ad honorem de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica, la comisión de una falta grave. En un proceso sin recursos, el escritor fue condenado por cuatro delitos de difamación y recibió como pena la conminación de una multa. Además, se determinó publicar la sentencia en el periódico.

Debido a la condena dictada por el Poder Judicial de Costa Rica en marzo de 2001, se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Luego de las investigaciones, la Comisión, en octubre de 2002, otorgó dos meses para que Costa Rica siguiese, entre otras, las siguientes recomendaciones: que dejase sin efecto la sentencia en contra del periodista Herrera Ulhoa y el diario "La Nación"; que retirase el nombre de Herrera del registro nacional de infractores y que reparase el daño sufrido por el escritor mediante el pago de una indemnización.

Em decorrência da inércia do Estado da Costa Rica, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o país com

6 Los hechos narrados fueron tomados directamente de la sentencia del caso a la que se hace referencia al final del artículo (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004)

fundamento na violação da liberdade de expressão e das garantias judiciais conferidas pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Como resultado de la inercia del Estado de Costa Rica, la Comisión sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual condenó al país por violar la libertad de expresión y las garantías judiciales conferidas por el Pacto de San José de Costa Rica.

Entre las sanciones, destacamos la concesión de un plazo para que el Estado costarricense adecuase su legislación interna a lo dispuesto en el Pacto y el pago de una indemnización al periodista en la cantidad de veinte mil dólares, además de otra indemnización en la cantidad de diez mil dólares estadounidenses por los gastos que tuvo Herrera para defender sus derechos en el sistema interamericano.

Paiva y Heemann (2017), comentando el caso de Herrera Ulloa vs. Costa Rica, resumen la importancia que la Corte otorga al derecho a la libertad de expresión para el mantenimiento de una sociedad democrática.

En el juicio, la Corte, en el párrafo 116 de la sentencia (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004, nuestra traducción), advirtió que sin la libertad de expresión efectiva, materializada en todos sus términos, se desvanece la democracia, el pluralismo y la tolerancia comienzan a romperse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana comienzan a quedar inoperantes y, definitivamente, se comienza a crear el terreno fértil para que los sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.

En cuanto a la respuesta a los alegados abusos en el uso de la libertad de expresión, la Corte fue enfática al decir que la respuesta no debe ser a través del Derecho Penal, sino por vías administrativas o civiles, ya que además de ser de extrema gravedad, el Derecho Penal debe ser utilizado como último recurso.

Destacó, también, que quienes actúan en representación del Estado sufren una limitación en sus derechos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004). Por tanto, la protección del honor de los servidores públicos y agentes políticos debe hacerse con cautela y no se puede comparar con la defensa del honor de los particulares. Los asuntos públicos son de interés colectivo y la maquinaria pública, con su brazo penal, no puede utilizarse para infundir miedo en los críticos del régimen actual bajo pena de desperdiciamiento de la propia democracia.

Recientemente, el tema de la criminalización de los discursos ha sido objeto de debate debido al fenómeno de las noticias falsas o *fake news*, punto que se abordará ahora en esta investigación.

3. Noticias Falsas, Desinformación y Criminalización de la Libertad de Expresión en Brasil

De desconocido a palabra del año, el término *fake news* fue elegido como el más significativo del año 2017 por el diccionario Collins (FLOOD, 2017). Sin embargo, la fabricación de información no es algo que haya surgido en la época contemporánea.

Posetti y Matthews (2018) elaboraron una cronología con algunos de los ejemplos más significativos de noticias falsas en la historia de la humanidad, comenzando con una campaña iniciada por Otávio para acabar con la reputación de Marco Antônio en Roma, y finalizando en 2018, con un resumen de la acciones tomadas por varios países para combatir el fenómeno.

Aunque el uso de *fake news* no sea reciente, solo ahora surgió la tecnología para difundirlas de manera tan efectiva (NOUGAYREDE, 2018). Si bien los discursos falsos no son nuevos en el escenario político, las herramientas actuales permiten que las informaciones circulen a un ritmo más rápido que antes y lleguen a un número indeterminado de personas, la definición de noticias falsas ha sido objeto de amplio debate. Katsirea (2018, p. 162, nuestra traducción) señala que "una definición precisa del término '*fake news*' es fundamental si se quiere poder distinguir este fenómeno de outras formas de información inexacta, así como de noticias verdaderas".

Sin embargo, incluso antes de establecer un concepto, es necesario reconocer lo que no se clasifica como *fake news*. Según Katsirea (2018), no se encaja en el concepto de noticias falsas: errores presentes en las publicaciones, historias tendenciosas, teorías de la conspiración (que son difíciles de demostrar que son verdaderas o falsas, pero se originan en quienes creen en ellas) e inexactas frases (sin que estén en forma de noticias).

La sátira, igualmente, no se entiende como *fake news*. La intención del autor en este tipo de publicaciones es ridiculizar, utilizar el humor de forma hiperbólica para llamar la atención sobre un determinado punto de vista, exponer situaciones consideradas absurdas, ironizar. El escritor no tiene la intención de engañar a su

lector. En Brasil, los principales exponentes son los sitios Sensacionalista y The Piauí Herald[7].

Aportando una importante definición de lo que se entiende por fake news, en febrero de 2019, se elaboró un informe final por parte del Comité Digital, Cultura, Medios y Deporte, de la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico, en una encuesta que duró unos 18 meses e investigó el problema en Reino Unido. (DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE, 2019)

El Comité concluyó que el término noticias falsas adoptó muchas formas, e incluso se utilizó en situaciones en las que al lector simplemente no le gustó o no estuvo de acuerdo con lo que vio. Así, como una forma de promover una visión más amplia y segura, el Comité sugirió el uso de los términos *misinformation* e *disinformation* ,que, en esta investigación, se traducirán como información falsa y desinformación, respectivamente.(DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE, 2019).

Para el Comité, la diferencia radica en la intención del agente. Si desde el principio se tuvo la intención de crear o compartir informaciones manipuladas, con el fin de engañar o confundir al público, ya sea para causar daño o por motivos políticos, económicos o personales, existe un caso de desinformación. En otra ronda, si el individuo compartió sin intención de perjudicar, pero por creer en el contenido, hay información falsa (DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE, 2019).

Wardle y Derakhshan (2017) traen una tercera categoría: mala información, aquí traducida como mala información. A diferencia de otros tipos, que tratan de informaciones falsas, la mala información trata sobre situaciones reales que se plantean para dañar a una organización, persona o país. Como ejemplo, se menciona el caso de la orientación sexual de un agente público, que se menciona en un informe sin que haya ningún interés público. La UNESCO también trabaja con estas tres categorías (GRIZZEL et al, 2016).

Este artículo adopta el término desinformación para cubrir todo tipo de noticias mencionadas anteriormente porque, en cierta medida, perjudican el

7 El problema de la sátira es que en tiempos de polarización política, como el actual, los sitios electrónicos o los perfiles satíricos en las redes sociales pueden acabar convirtiéndose en fuente de desinformación aunque el autor haya dejado clara su intención de criticar con humor.

sistema democrático y el ejercicio del voto, habiendo sido utilizadas en varios regímenes políticos brasileños (SILVA, 2018). Ante la imprecisión del término *fake news*, que acabó siendo utilizado como forma de defensa por agentes que, cuando tuvieron informaciones en contra de sus intereses divulgadas, así las consideraban, esta investigación adopta el término desinformación por su veracidad.

La Organización de los Estados Americanos visitó Brasil en el 2018, durante las elecciones generales, a través de la Misión de Observación Electoral (MOE), y constató que el uso de noticias falsas fue constante durante la fase preelectoral y se extendió hasta el día de las elecciones, con intensificación en la segunda ronda (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018).

El escenario de uso alarmante de noticias falsas requiere una atención especial por parte de varios actores estatales para proteger el sistema democrático y el ejercicio del derecho al voto libremente, sin presiones o influencias de agentes malintencionados que buscan desequilibrar las elecciones o empañar reputaciones. Sin embargo, cualquier regulación o acción del Estado debe respetar los derechos humanos y los compromisos asumidos por Brasil ante las entidades internacionales, especialmente la Organización de los Estados Americanos. Bajo el argumento de prevenir la proliferación de desinformación, se puede socavar la libertad de expresión (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018).

> Algunos países se encuentran en una etapa incipiente para abordar problemas relacionados con noticias falsas y desinformación. Para otros, la desinformación ha sido una lucha larga y el aspecto digital solo agrega una nueva dimensión. Durante mucho tiempo ha existido una tensión entre el deseo de permitir que florezca la libertad de expresión e, incluso en un contexto democrático occidental fuera de EE. UU., el deseo de contener las formas de expresión más indeseables en torno al terrorismo y el odio. El momento de que los gobiernos actúen para combatir las noticias falsas y la desinformación se está traduciendo ahora en acciones prácticas, muchas de las cuales podrían legitimar las acciones de naciones no democráticas y perjudicar la libertad de expresión (MORGAN, 2018, p.42, nuestra traducción).

Piovesan (2014, p. 100) señala que América Latina tiene un alto grado de violencia y exclusión, con democracias aún en fase de consolidación, viviendo con la memoria de un pasado dictatorial y precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el hogar, afirmando que "el Sistema Interamericano tiene el potencial de tener un impacto extraordinario en la pavimentación de una ius commune

latinoamericana, contribuyendo al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho en la región más desigual y violenta del mundo".

El Sistema Interamericano juega un papel importante en la construcción y mantenimiento de la libertad de expresión en América Latina. Arte. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la regla angular que rige las decisiones de la Corte.

Teniendo en cuenta la importancia de la libertad de expresión para el mantenimiento de la democracia, en el informe final postelectoral de 2018, la MOE recomendó al Estado brasileño la revocación de los delitos de desacato a las autoridades, así como la revocación de los delitos penales tipos de calumnias, difamaciones y injurias y transformarlas en acciones civiles, con el debido respeto al derecho a la libertad de expresión. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018). Cabe señalar que al momento del informe, no existía en el sistema nacional la ley 13.834/2019, que agregó el art. 326-A al Código Electoral. Esta regla, que es objeto de controversia en Brasil, fue vetada por el presidente Jair Bolsonaro, pero el veto fue anulado por el Congreso Nacional. El artículo 326-A trajo al ordenamiento jurídico brasileño la figura de la denuncia calumniosa con fines electorales. El dispositivo impone una pena de prisión de dos a ocho años, además de multa, a quien provoque el inicio de una investigación policial, un proceso judicial, una investigación administrativa, una investigación civil o una acción administrativa por mala conducta, imputando a alguien el delito o la infracción que se le conozca inocente, a efectos electorales. Bajo la fígura típica insertada recientemente en la orden de Brasil hay dudas sobre su convencionalidad, adoptando el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como se señaló en los temas anteriores, la libertad de expresión recibe especial atención en el contexto interamericano, especialmente debido a la historia de gobiernos autoritarios. Para citar dos casos recientes, tomemos las dictaduras de Brasil y Chile como ejemplos. Así, cualquier limitación que englobe la libertad de expresión debe dar una respuesta proporcional y adecuada. En este punto, el art. 326-A ya falla. En primer lugar, porque ya existe la figura de la denuncia difamatoria común, prevista en el artículo 339 del Código Penal. En segundo lugar, porque, según el primer párrafo del artículo 326-A, las mismas penas se aplican a quienes, sabiendo que la imputación es falsa, la propaguen o divulguen Esta última parte del delito expresa riesgo al ciudadano común y abre la posibilidad de utilizar la policía y el

poder judicial como una forma de presionar o intimidar a las personas que piensan o profesan discursos diferentes a los que están en el poder.

> Surge el temor de que, como contramedida, se intente responsabilizar a alguien por denuncias electorales difamatorias cada vez que ofrezcan noticias o representación en contra de determinados políticos y candidatos. El delito de denuncia difamatoria, en este caso, en lugar de proteger el patrimonio legal, servirá de vendetta ante la perspectiva de investigar hechos que pueden ser graves. (...) No hubiéramos incluido esta nueva figura en el Código Electoral. El rigor punitivo previsto se diferencia del conjunto de delitos electorales, por no mencionar que este intervalo de sentencias - 2 a 8 años - es muy amplio. Ojalá el nuevo delito sirva para iluminar la urgente necesidad de reformar el sistema de delitos y sanciones electorales (GONÇALVES, 2019, p. 11-12)

Además, la MOE recomendó un enfoque multisectorial (con autoridades, partidos políticos, miembros de la sociedad civil, medios de comunicación) y trabajar en conjunto con universidades y organizaciones de la sociedad civil para generar iniciativas participativas y transparentes que propicien una mejor comprensión del impacto que tiene la desinformación sobre el proceso electoral, así como formular respuestas adecuadas a estos fenómenos(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018).

Por tanto, la lucha contra la desinformación puede y debe utilizar herramientas distintas al derecho penal y la institución de figuras típicas que ponen en riesgo la participación popular y violan los compromisos asumidos por Brasil en la Organización de Estados Americanos.

Es importante señalar que "la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos es un tema reciente en Brasil, que deja muchas dudas sobre sus efectos en el ámbito jurídico y social" (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 88).

Sin embargo, la novedad no puede ser un obstáculo para la protección de los derechos humanos, principalmente porque Brasil incorporó definitivamente la Convención Interamericana de Derechos Humanos mediante Decreto Presidencial nº 678/1992 y posterior aprobación por el Congreso Nacional, confirmada por Decreto Legislativo nº 89 /. 98 (RAMOS, 2009).

No solo eso, Brasil también se ha expresado en el sentido de reconocer la "jurisdicción obligatoria de los órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya tarea es fijar la interpretación del

alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos contraídas por el Estado "(RAMOS, 2009, p. 245).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos tiene rango supralegal en el ordenamiento jurídico nacional, según lo decidido por la Suprema Corte Federal en los Recursos Extraordinarios 349.703 y 466. 343 y Habeas Corpus 87.585 y 92.566[8] .

Mazzuoli (2008) señala que las reglas de un Estado no solo deben respetar la Constitución, sino que deben estar en armonía con el ordenamiento jurídico internacional que integran sin observar una violación de sus preceptos; este análisis del respeto a las normas internas de los tratados internacionales que un determinado país ha ratificado en su ordenamiento se da a través del control de la convencionalidad1.

Mazzuoli (2008) define el control de convencionalidad como el ajuste vertical entre las normas internas en sentido amplio vigentes en el territorio nacional con los tratados internacionales ratificados por la entidad estatal.

Russowsky (2012) llama la atención sobre los dos efectos principales del control de convencionalidad. El primero, represivo, significa que la norma conflictiva con las convenciones vigentes no debe aplicarse ante casos concretos sometidos a revisión judicial, que califica como un control concreto difuso de convencionalidad. El segundo efecto, positivo, se refiere a la interpretación de las reglas. La ley nacional debe ser releída desde la perspectiva de los convenios existentes (RUSSOWSKY, 2012). La interpretación de la Ley 13.834 / 2019 no puede escapar a esta perspectiva.

CONSIDERACIONES FINALES

Aunque el control de la convencionalidad no sea algo nuevo en Brasil, las partes no suelen reclamar disposiciones convencionales en defensa de sus derechos y el Poder Judicial no suele basar sus decisiones teniendo como base

8 En resumen, el Tribunal Supremo decidió que los tratados internacionales que traten de los derechos humanos y que no hayan sido aprobados por el rito especial del § 3 del art. 5 de la Constitución Federal, aunque anterior al rito (que fue insertado por EC 45/2004) tiene rango supralegal. Esto significa que los tratados que tratan de los derechos humanos están por encima de la ley, pero por debajo de la Constitución en jerarquía.

tratados o convenciones objetivando sostener la falta de convencionalidad de la legislación nacional.

Tanto es así que no se tiene noticia de alegación alguna de incompatibilidad material entre el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (que consagra la libertad de opinión) y el delito de denuncia calumniosa con fines electorales introducido en el sistema brasileño por el art. 326-A del Código Electoral.

La Ley 13.834 / 2019, bajo la justificación de combatir la desinformación en un contexto electoral, terminó creando una figura típica innecesaria y poco convencional en el sistema legal brasileño.

Innecesaria porque la denuncia difamatoria común, del art. 339 del Código Penal, bajo la jurisdicción del Juez de Ley o Federal, según el caso, permitiría la investigación de cualquier persona que ocasionara el inicio de una investigación policial, un proceso judicial, el inicio de una investigación administrativa, una investigación civil o una falta administrativa en contra de alguien, imputándole un delito del cual se sabe que es inocente, y sin relación alguna con las elecciones y el traspaso del poder, siendo un delito investigado fuera del proceso electoral.

No convencional porque en contextos políticos, la libertad de expresión solo puede ser limitada en casos excepcionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene esta posición establecida en sus sentencias. Cuando una persona decide postularse para un mandato electivo, debe ser consciente de que su vida será investigada por la prensa y la población en general. El candidato no solo estará bajo la mirada del electorado, sino de otros interesados como los funcionarios públicos, los que contratan con el gobierno y las áreas que pueden verse afectadas por las decisiones que tome el gestor público.

Se sabe que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el honor de las personas debe protegerse de los abusos. Sin embargo, debe considerarse, de hecho, que la libertad de expresión, para el mantenimiento del Estado Democrático de Derecho, ocupa un lugar destacado frente al honor o la privacidad del candidato. Además, el candidato a un cargo electivo es consciente de que el juego político, hace rato, está impregnado de desinformación.

Cabe señalar que no se propugna que la desinformación en las elecciones fluya sin cualquier conducta del Estado. Al contrario, el Estado debe actuar, pero no mediante la creación de figuras típicas que no incentiven la participación

democrática y, por encima, generan un efecto de autocensura en la sociedad. La denuncia calumniosa con fines electorales es un delito que tiene el potencial de impedir que el ciudadano participe en el espacio político por temor a represalias institucionalizadas.

Ahora bien, la creación de un crimen específico para tratar temas que involucran, en el mismo tipo, tanto la libertad de expresión (denuncia calumniosa) como la transición del poder a través de elecciones (con fines electorales), dos aspectos básicos del sistema democrático, no pasa en la prueba de proporcionalidad y adecuación ante la preexistencia de un tipo similar (denuncia calumniosa del Código Penal) y otras posibilidades no penales para abordar el problema de la desinformación.

Los límites que la regulación trae a la libertad de pensamiento deben ser justificados y razonables, bajo pena de vaciar gradualmente su contenido. Más que castigar a quienes comparten desinformación, la legislación debe mirar a los actores del proceso electoral que se desarrolla en el mundo digital: candidatos, redes sociales y empresas de publicidad, por ejemplo.

La desinformación tiene un origen y sigue un camino, ambos deben ser analizados y desalentados por la legislación, pero no por el Derecho Penal. Candidatos malintencionados y otros interesados en desequilibrar la elección tienen los medios para presentar la defensa técnica en una causa penal por denuncia electoral difamatoria que puede prolongarse durante años. En algunos casos, la legislación permite que el pago de las cuotas de los patrocinadores se realice con recursos del fondo del partido. El ciudadano común, en caso de ser imputado, y sin contar con los recursos para pagar su defensa, será asistido por la Defensoría Pública si se encuentra en una zona donde está instalado, lo que suele ocurrir en las capitales. En las zonas electorales del interior, la práctica es nombrar un defensor dativo que, comúnmente, no tiene experiencia en las especificidades del proceso penal electoral.

Así, la defensa de la libertad de expresión que aquí se presenta se fundamenta en la falta de convencionalidad del art. 326-A del Código Electoral tomando como parámetro el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, porque los perjuicios al régimen democrático superan los beneficios en comparación.

REFERÊNCIAS

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros Internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*. a. 53 n. 210 abr./jun, 2016, p. 93-115.

CARVALHO, Lucas Borges de. A CENSURA POLÍTICA À IMPRENSA NA DITADURA MILITAR: FUNDAMENTOS E CONTROVÉRSIA *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 1, p. 79-100, 2014.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Judiciário Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr, 2016, p. 87 – 113.

CHOMSKY, Noam. Mídia: *Propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

COGGIOLA, Osvaldo. O ciclo militar na América do Sul. *Blog da Boi Tempo*, 2014. Disponible en < https://blogdaboitempo.com.br/2014/03/24/o-ciclo-militar-na-america-do-sul/>. Aceso en: 01/12/2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Corte IDH: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004.

DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE. *Disinformation and 'fake news': Final Report*. Disponible en: https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1791/1791.pdf Aceso en: 12.10.2019.

FLOOD, Alisson. *Fake News is 'Very Real' Word of The Year For 2017*. Disponible en <https://www.theguardian.com/books/2017/nov/02/fake-news-is-very-real-word-of-the-year-for-2017 > Aceso en: 18/05/2020.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O Novo Crime Eleitoral: Denunciação Caluniosa. *Revista da Escola Judiciária Eleitoral Paulista*, n. 4, de janeiro a junho de 2019

GRAGNANI, Juliana. *Um Brasil dividido e movido a notícias falsas: uma semana dentro de 272 grupos políticos no WhatsApp*. Disponible em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742> Aceso em: 09/11/2019.

GRIZZLE, Alton et al. *ALFABETIZAÇÃO MIDIÁTICA E INTERNACIONAL*: diretrizes para a formulação de políticas e estratégias. Brasília:UNESCO, 2016.

GROSSMAN, Claudio. Freedom of Expression in the Interamerican System for The Protection of Human Rights. *ILSA Journal of International and Comparative Law*. Vol 07, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey: 2015.

HABERMAS, Jürgen. The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964). *New German Critiq*ue. N. 3. Autumn, 1974, p. 49-55.

INTER-AMERICAN COMISSION ON HUMAN RIGHTS. *INTER-AMERICAN LEGAL FRAMEWORK*. Organization of American States, 2009.

KATSIREA, Irini. "Fake news": reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty, *Journal of Media Law*. vol.10, n. 2, 2018, p. 159-188.

KEYES, Ralph. *The Post-Truth Era*: Dishonesty and Deception in Contemporary Life. New York: Saint Martin`s Press, 2004.

LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate:* a biography of the first amendment. New York: Basic Books, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *RUMO ÀS NOVAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO*: da exclusão à coexistência, da intrasigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande, Faculdade de Direito, 2008.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. *O Utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2020.

MORGAN, Susan. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy, *Journal of Cyber Policy*. vol. 3, n. 1, 2018, 39-43.

NOUGAYREDE, Natalie. In this age of propaganda, we must defend ourselves. Here's how, *The Guardian*. Disponible em < https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/jan/31/propaganda-defend-russia-technology Aceso en: 12/10/2019.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Missão de Observação Eleitoral. Eleições Gerais*. Brasil, 2018. Disponible em <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Aceso en: 01/10/2019.

____. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponible en: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp> Aceso en 10/10/2019.

OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *JURISPRUDÊCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS*. 2ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios de Reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. v. 3 n. 1 jan/jun, 2014.

POSETTI, Julie; MATTHEWS, ALICE. *A short guide to the history of 'fake news' and disinformation*. New York: International Center for Journalists, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: Levando a Sério os Tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 104 jan./dez., 2009, p. 241 – 286.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS. *Revista do CAAP*. Belo Horizonte, n. 2, v. XVIII, 2012, p. 61-96.

SILVA, Bruno Rangel Avelino da. Fake news, radiodifusão e os limites da Justiça Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de MOURA (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo Org.). *Propaganda Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 265-283. (Tratado de Direito Eleitoral, v.4.) ISBN 978-85-450 0499-8

SUNSTEIN, Cass. *REPUBLIC.COM*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001

____. As Mídias Sociais São Boas ou Ruins para Democracia? *Revista Internacioal de Direitos Humanos*. v.15 n.27, 2018, p. 85 – 92.

____. Falsehoods and the First Amendment. *Harvard Law School*. 2019. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3426765> Aceso en: 05/05/2020.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *INFORMATION DISORDER* : Toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Council of Europe, 2017.

WARBURTON, Nigel. *FREE SPEECH*: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WU, Tim. Is the First Amendment Obsolete? *Michigan Law Review*, Vol. 117, 2018, p. 547.

DESINFORMACIÓN Y DEMOCRACIA: el impacto de las fake news en los sistemas políticos de América Latina

Ana Mª Rodríguez Álvarez
Universidad Complutense de Madrid. Estudiante de Doctorado en el Programa de Ciencias Políticas y de la Administración y Relaciones Internacionales. Madrid, España.
anamro04@ucm.es

Resúmen: El incremento del número de homicidios en países como Colombia ha ido acompañado de un aumento aún mayor de la cobertura informativa de la violencia. Sin embargo, para comprender plenamente las dinámicas del crimen organizado es necesario ser consciente de que las organizaciones criminales actúan en un sistema político y social en el que quieren influir. El objetivo de esta investigación es comprender el papel que juegan las noticias falsas en el continente latinoamericano y europeo y analizar el impacto que las mismas tienen en los sistemas democráticos. Así, de la misma forma que las empresas privadas utilizan beneficios comerciales o fiscales para influir en las decisiones políticas, los grupos criminales utilizan sus propios recursos. En el actual mundo globalizado en el que vivimos, las estrategias de creación y propagación de las noticias falsas han demostrado tener un gran impacto tanto en América Latina como en Europa, a pesar de las peculiaridades y características propias de cada lugar. Partiendo de la premisa de que quien tiene el conocimiento tiene el poder de decidir es importante analizar cómo la desinformación puede influir en los distintos procesos desestabilizadores que se viven en algunos de los países que conforman estas regiones.

Palabras clave: desinformación, democracia, crimen organizado, fake news, libertad de expresión

Abstract: The increase in the number of homicides in countries such as Mexico or Colombia has been accompanied by an even greater increase in the news coverage of the violence. However, to fully understand the dynamics of organized crime, it is necessary to be aware that criminal organizations operate in a political and social system that they want to influence. The objective of this research is to understand the role that false news plays in the Latin American and European continent and to analyze the impact that false news has on democratic systems. Thus, in the same way that private companies use commercial or tax benefits to influence political decisions, criminal groups use their own resources. In the current globalized world in which we live, the strategies of creation and propagation of false news have proven to have a great impact in both Latin America and Europe, despite the peculiarities and characteristics of each place.

Starting from the premise that whoever has the knowledge has the power to decide, it is important to analyze how disinformation can influence the different destabilizing processes that are experienced in some of the countries that make up these regions.

Keywords: disinformation, democracy, organized crime, fake news, freedom of expression

Introducción

"Uno de los puntos de distanciamiento entre las naciones de América Latina es que, justamente, los grados y las formas en que el sistema político se articula con las redes criminales a partir de su control del Estado varían notablemente en función de la historia política de cada región y país". Con estas palabras, los investigadores Daniel Míguez, Michel Misse y Alejandro Isla realizan un acercamiento a las peculiaridades en las relaciones entre Estado, medios de comunicación y crimen organizado en esta región.

La presente investigación pretende analizar este fenómeno desde la perspectiva de la desinformación, entendiendo qué papel juega este fenómeno en la relación que el crimen organizado tiene con las distintas "democracias" de América Latina. El punto de partida es que el incremento del número de homicidios en algunas regiones de América Latina, así como el aumento de la inestabilidad política ha ido acompañado de un incremento aún mayor de la cobertura de la violencia y de la propagación de bulos o noticias falsas, más aún con la aparición del coronavirus.

Los distintos grupos de crimen organizado han aprovechado esta inestabilidad política y social para difundir, de cierto modo, su mensaje. Sin embargo, para comprender plenamente las dinámicas del crimen organizado es necesario ser consciente de que las organizaciones criminales actúan en un sistema político y social en el que quieren influir. Por ello uno de los objetivos de esta investigación académica es analizar cómo son y cómo funcionan las redes criminales, así como comprender los nexos que existen entre sistema político y el crimen organizado.

La hipótesis de este escrito defiende que estas organizaciones utilizan una serie de instrumentos y técnicas para corromper y manipular las instituciones públicas y la desinformación es uno de ellos. En el actual mundo globalizado en el que vivimos, las estrategias de creación y propagación de las noticias falsas han

demostrado tener un gran impacto tanto en América Latina como en Europa. Por ello en la introducción de este artículo se realizará un breve marco teórico en el que se hará un acercamiento a algunos conceptos clave como desinformación, crimen organizado, democracia e influencia, para más tarde poder comprender de qué manera uno puede influir en otro.

En un primer lugar se analizará cómo funciona el crimen organizado a nivel macrosocial, es decir, analizando el entorno en el que estas redes surgen y, por otro, a nivel microsocial, entendiendo la subcultura delictiva en la que se han creado estas organizaciones criminales e intentando comprender qué objetivos les llevan a querer influir en determinados sistemas políticos. La desinformación muchas veces se encuentra dentro de los propios códigos de la red criminal, por lo que centrarse en este ámbito es uno de los objetivos secundarios de este trabajo.

Por otro lado, tras recoger varias definiciones que describen a la perfección el fenómeno de la desinformación en América Latina se sentarán las bases para poder entender la relación que existe entre esta y el crimen organizado en la actualidad.

La segunda parte de esta investigación pretende comprender los distintos niveles que existen entre delincuencia organizada y sistema político. En este apartado se pretende explicar brevemente algunas de las estrategias criminales que existen para corromper y manipular las instituciones públicas en América Latina.

El crimen organizado no podría aprovecharse de este sistema si las noticias falsas no se propagaran a la "velocidad de la luz". ¿Pero por qué ocurre esto? ¿Qué canales utilizan? ¿A qué público se dirigen?

El periodista y académico, Brigitte Nacos ha desarrollado una tipología con los objetivos que persiguen los criminales para ejercer su influencia social y política con el uso de los medios de comunicación. Estas cuatro fases serían (1) atención (2) reconocimiento; (3) respeto y simpatía; y (4) cuasilegitimidad. Estas fases no serían posibles si no hubiera un público cansado de la clase política que quiere encontrar respuestas a la inestabilidad que se vive en algunos de estos países. Partiendo de esta clasificación y sirviendo de marco a todo el trabajo de investigación se pretende dar respuesta a una serie de objetivos secundarios:

1. Comprender qué es el crimen organizado y qué importancia tiene en el presente siglo.

2. Entender de qué forma las fake news y la desinformación tienen consecuencias en los denominados nuevos conflictos híbridos.
3. Examinar el papel que juegan los medios de comunicación en la construcción de una determinada realidad social.
4. Demostrar que las dinámicas de la desinformación actúan igual en todos los países, a pesar de las peculiaridades que puedan tener cada uno de ellos.

Es por ello, por lo que basándose en investigaciones anteriores sobre la relación entre los medios de comunicación, el crimen organizado y la opinión pública, la presente investigación analizará el aumento de las noticias falsas que tratan sobre distintas organizaciones criminales en los medios de comunicación.

En términos generales y siguiendo la metodología realizada por el profesor Rafael Calduch en su libro "Métodos y técnicas de investigación internacional", este trabajo pretende utilizar los métodos descriptivo (en la primera parte), comparativo (en la segunda) y analítico (en las conclusiones), siendo estos dos últimos los que más protagonismo tendrán en la presente investigación.

En este sentido para entender el presente trabajo hay que situarse en las teorías estructuralistas de las Relaciones Internacionales que "identifican las variables esenciales con aquellos que corresponden a la estructura de una determinada sociedad internacional y, por tanto, que permanecen a pesar de los cambios que experimenta esa sociedad". Y es que la desinformación ha existido desde el inicio de los tiempos.

Esta investigación utilizará fundamentalmente un método de investigación de corte cualitativo con la aplicación de técnicas como el análisis de los textos generados por las instituciones e individuos o la recopilación de datos sobre los estudios publicados anteriormente relacionado con el tema estudiado en estas líneas.

Por tanto, tras hacer una revisión bibliográfica y el posterior análisis comparativo, en las conclusiones se procurará recoger toda la información antes mencionada explicando de qué manera los grupos de crimen organizado utilizan la desinformación para ejercer su influencia en el Estado, así como realizar una serie de preguntas abiertas para abrir nuevas líneas de investigación sobre este asunto.

Marco teórico y breve aproximación histórica

Entender los términos definidos a continuación es fundamental para comprender el desarrollo de esta investigación. En este apartado se definirán distintos conceptos para poder medir su impacto en la realidad social estudiada en estas líneas.

Así, el Estado según Biscaretti sería "un ente social que se forma cuando, en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo que se somete a la autoridad de un Gobierno". En cambio, la democracia entendida como el autor Dahl es aquel proceso que ofrece oportunidades para la participación, así como para la igualdad de voto, y que pretende alcanzar una comprensión ilustrada, ejercer el control final sobre la agenda (función en donde la democracia y los medios juegan un papel fundamental) y para la inclusión de los adultos.

Dahl considera que para que un país pueda ser tratado como democrático tienen que cumplir una serie de aspectos, entre los que destacan los cargos públicos electos, las elecciones libres, la libertad de expresión, las fuentes alternativas de información, la autonomía de asociaciones y la ciudadanía inclusiva.

Para Alejandro Pizarroso Quintero, la propaganda, que en parte tiene relación con lo que entendemos como desinformación hoy en día, consiste "en un proceso de diseminación de ideas a través de múltiples canales con la finalidad de promover en el grupo al que se dirige los objetivos del emisor no necesariamente favorables al receptor; implica, pues, un proceso de información y un proceso de persuasión. Y podemos glosarla del siguiente modo: control del flujo de la información, dirección de la opinión pública y manipulación no necesariamente negativa de conductas y, sobre todo, de modelos de conducta"

La desinformación, por su parte, según el diccionario de la RAE, significa dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines, o dar información insuficiente u omitirla. Cabe destacar la definición rusa de este fenómeno al cual denominan "Dezinformatsia" y significa "acción cuyo fin es desacreditar y debilitar a los oponentes y distorsionar su percepción de la realidad".

Al aparecer este fenómeno en nuestra sociedad hemos visto atacada la libertad de expresión, es decir el derecho que tiene cualquier ciudadano y que incluye el derecho de no ser molestado a causa de opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión; mientras que la libertad de prensa es una garantía constitucional, fundamentada en la libertad de expresión. Cuando la

libertad de expresión no existe, aparece la censura que se entiende como el uso del poder para controlar la libertad de expresión.

Nivel macrosocial versus nivel microsocial del crimen organizado

La aparición del crimen organizado en América Latina tal y como lo conocemos hoy en día tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XXI y está ligado a la emergencia y posterior proliferación de la industria de las drogas y a su demanda a lo largo y ancho del planeta. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional , firmada en el año 2000, define los grupos delictivos organizados como "un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden materia".

La disciplina que estudia este fenómeno es la Criminología, definida por García-Pablos, discípulo de José María Rodríguez Devesa y uno de los autores más reconocidos del presente siglo, como la ciencia "empírica e interdisciplinaria" que tiene por objeto de estudio no solo el crimen, sino también el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo. Desde esta perspectiva, el crimen es entendido como un fenómeno individual (nivel microsocial) y como un problema social y comunitario (nivel macrosocial). En las últimas décadas, la aparición de redes criminales se ha asociado con un problema en la base social de los lugares en los que se manifiestan.

Siguiendo esta teoría, las dos principales hipótesis que se han estudiado a lo largo de las últimas décadas (principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX) defienden que este tipo de fenómeno aparece principalmente por un fracaso estatal (estados fallidos o ausencia de políticas públicas capaces de satisfacer necesidades básicas de una población) o por una economía fallida, entendida como ese momento en el cual el mercado no es capaz de repartir o asignar los recursos de manera eficiente.

Esta situación ha provocado que el crimen organizado (en forma de corrupción, violencia o narcotráfico) y la desigualdad se refuercen mutuamente creando un círculo vicioso, del cual estados como Colombia o México han sido incapaces de salir. Las grandes transiciones democráticas que tuvieron lugar en la región a lo largo de la segunda mitad del siglo XX no han logrado satisfacer las

necesidades básicas que la sociedad esperaba, creando un continuo sentimiento de despolitización y apatía.

El último Informe del Latinobarómetro (2018) fue publicado junto a un artículo titulado "El fin de la tercera ola de las democracias", en el cual la autora, Marta Lagos, aseguraba que la historia de las democracias en América Latina es "la historia de líderes con nombre y apellido, donde el país queda en segundo plano, prendado, detrás de la persona que lo encabeza. Eso pasa a ser una de las trampas de los procesos de consolidación a la democracia, la personalización de los destinos de un país. Si los destinos de un país dependen de una sola persona, es porque ya el proceso se ha viciado y sus instituciones y líderes no están cumpliendo con el rol que corresponde".

Esta situación ha tenido un gran impacto en el desarrollo de políticas públicas en la última década y ha creado el campo de cultivo adecuado para la proliferación de distintas organizaciones criminales, que fruto de este tipo de desigualdades encuentran en el crimen una manera de lograr sus objetivos. Desde una perspectiva macrosocial, el crimen organizado surge a raíz de una serie de factores, a saber, económicos (ingresos o estabilidad laboral) , políticos e institucionales (corrupción), sociales y tecnológicos (la aparición de la globalización o del fenómeno de la desinformación) o geográficos (hay lugares que se han convertido en zonas de tránsito, como es el caso de México en América Latina, Libia en África o España en Europa).

La comprensión del fenómeno de la criminalidad requiere ir más allá de las condiciones políticas, económicas y sociales. Luis de la Corte Ibáñez y Ancrea Giménez-Salinas Framis proponen hacer un acercamiento al crimen organizado desde una perspectiva microsocial, es decir, a través de un acercamiento a distintas situaciones sociales y experiencias de interacción social, culpables de la aparición de estas organizaciones. Por otro lado, instan a ver este fenómeno prestando atención "a la personas implicadas en la forma de delincuencia que nos ocupa". Desde esta perspectiva es útil analizar la privación de estatus o la marginación y sucesión étnica, así como la desorganización social y la ausencia de controles sociales.

Las características mencionadas anteriormente han estado muy presentes a lo largo de las dos últimas décadas en América Latina, propiciando el hecho de que las organizaciones criminales actúen con el fin de cambiar su situación y utilicen la información como un arma más.

En su capítulo fundacional, la UNESCO señala que "puesto que las guerras nacen de la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz". Bajo esta premisa apareció, años más tarde, el periodismo para la paz impulsado por Galtung. Durante los últimos años han proliferado las investigaciones sobre los efectos que los medios de comunicación tienen en la sociedad. Es cierto que todavía existen regiones en el mundo que no están bajo la influencia de estos. Sin embargo, también es verdad, que los medios de comunicación ejercen una influencia en la sociedad al ser prácticamente la única manera que tiene la sociedad para comprender la realidad que le rodea. En 1998, durante la ceremonia de entrega de los Premios Nacionales de Periodismo Stora Journalistpriset, Ryszard Kapuscinki explicaba que:

> Hoy, la pequeña pantalla se ha convertido en la nueva (y prácticamente única) fuente de la historia, emitiendo la versión concebida y desarrollada por la televisión. Mientras el acceso a las fuentes sigue siendo difícil, la versión que difunde la televisión, incompetente e ignorante, se impone sin que la podamos contestar..

De cierto modo los periodistas no son sólo meros observadores de la sociedad que les rodea; sino que son un instrumento de esta al funcionar como intermediarios entre la realidad y la sociedad. El periodismo es entendido por Lorenzo Gomis como "un método de interpretación sucesiva de la realidad social".

Este rol se intensifica durante las guerras o conflictos. En este sentido, Vicenç Fisas considera que los mass media pueden fomentar "comportamientos agresivos, justificar acciones bélicas, formar estereotipos, imágenes del enemigo y demonizaciones". O, en contra, puede "despertar compasión, misericordia y caridad, estimular exigencias de actuación, cambios de políticas o romper distancias".

Existen múltiples ejemplos de que los medios de comunicación han ejercido su influencia a la hora de denunciar violaciones o de intensificarse con la publicación de lo que, hoy en día, se conocen como fake news.

Periodismo de guerra versus periodismo de paz

El Institute for Economics and Peace (IEP) elabora informes anualmente sobre la cobertura mediática sobre asuntos relacionados con la paz y la violencia. En el estudio publicado en 2918 establece que:

"The media's coverage of news and current affairs directly affects the public's perception of what it considers important and what it considers is not. If the media does not cover a subject, then it is unlikely that it will be debated by the public. This may then lead to little government activity as democratic governments generally respond to the public debate" ("La cobertura de los medios de comunicación de las noticias y los asuntos de actualidad afecta directamente a la percepción del público de lo que considera importante y lo que no. Si los medios de comunicación no cubren un tema, es poco probable que sea debatido por el público. Esto puede llevar a una escasa actividad gubernamental, ya que los gobiernos democráticos suelen responder al debate público"")

Este informe destaca que las historias donde la violencia es la protagonista obtienen mayor cobertura. En este contexto, el sociólogo Johan Galtung, introdujo en 1969 el triángulo de la violencia. En este triángulo advertía de la existencia de tres tipos de esta: cultural, estructural y directa. A partir de esta división, Galtung explicaba que "si lo contrario de la violencia es la paz, –la materia objeto de los estudios de investigación para la paz–, entonces, lo contrario de violencia cultural sería la paz cultural, es decir, aquellos aspectos de una cultura que sirven para justificar o legitimar la paz directa y la paz estructural. Si hallamos muchos y diversos aspectos de este tipo en una cultura, podemos referirnos a ella como una cultura de paz."

Esta subdivisión propició la aparición de dos nuevos paradigmas informativos: uno en el cual la violencia era la principal protagonista que se denominó "periodismo de guerra" y otro, que, por su parte, comenzó a desarrollarse en esa década llamado" periodismo de paz". Las características de cada uno de ellos se resumen en el siguiente cuadro:

PERIODISMO DE PAZ/CONFLICTO	PERIODISMO DE GUERRA/VIOLENCIA
1. ORIENTADO HACIA LA PAZ/CONFLICTO	1.ORIENTADO HACIA LA GUERRA/VIOLENCIA[1]

[1] Vicenç Fisas advierte de que no hay que confundir violencia con conflicto. Puede existir conflicto y no tener una connotación negativa. Hay que entenderlo como un

▪ Explorar la formación del conflicto, actores, objetivos, cuestiones, perspectiva gano/ganas. ▪ Espacio abierto, tiempo abierto; causas y desenlaces en cualquier parte, también en la historia y cultura. ▪ Hacer los conflictos transparentes. ▪ Dar voz a todas las partes, empatía. ▪ Ver el conflicto/guerra como un problema, atención sobre la creatividad. ▪ Humanización de todas las partes ▪ Proactivo: prevenir la violencia/guerra antes de que ocurra. ▪ Atención a los efectos invisibles de la violencia (trauma, daños estructurales y culturales, ...)	▪ Atención centrada en el escenario del conflicto, dos partes, un objetivo (ganar, la victoria) ▪ Espacio cerrado, tiempo cerrado; causas y salidas en el escenario, quién lanzó la primera piedra ▪ Hacer las guerras opacas, secretas ▪ "Nosotros-ellos", propaganda, voz al nosotros[2] ▪ "Ellos" como el problema, quién predomina ▪ Deshumanización de los "otros" ▪ Reactivo: esperar a la violencia ▪ Atención solo sobre los efectos visibles de la violencia (muertos, heridos, daño material,)
2. ORIENTADO A LA VERDAD ▪ Exponer las mentiras de todas las partes, descubrir lo que se pretende ocultar	2. ORIENTADO A LA PROPAGANDA ▪ Exposición de "sus" mentiras. ▪ Apoyo a "nuestras" mentiras/encubrimientos.
3. ORIENTADO A LA SOCIEDAD CIVIL ▪ Atención al sufrimiento, dar voz a los sin voz, mujeres, niños, ancianos. ▪ Identificar a todos los "malhechores". ▪ Atención sobre los que promueven la paz.	3. ORIENTADO HACIA LA ÉLITE ▪ Atención sobre "nuestro" sufrimiento, ser sus títeres. ▪ Identificar a "sus malhechores". ▪ Atención sobre las acciones de paz de las élites[3].
4. ORIENTADO HACIA LA SOLUCIÓN	4.ORIENTADO HACIA LA VICTORIA

elemento más de las relaciones humanas que, en ocasiones, puede convertirse en violento.

[2] El periodismo de Guerra suele situarse en un bando u otro.

[3] Al centrarse en estas acciones se está obviando una parte de la realidad. Tiene que ver con la teoría de "agenda setting" que se explicará en el siguiente epígrafe.

▪ Paz = no violencia + creatividad ▪ Destacar las iniciativas de paz ▪ Atención en la estructura y cultura, la sociedad pacifica ▪ Consecuencias: resolución, reconstrucción, reconciliación.	▪ Paz= victoria + alto el fuego ▪ Ocultar las iniciativas de paz hasta tener la victoria al alcance ▪ Atención sobre el tratado, institución de la sociedad controlada •Abandono hasta otro conflicto, atención si hay un nuevo estallido del conflicto

Fuente: Galtung en Lynch y McGodrick (2005)

Teorías de opinión pública y comunicación política (agenda setting, framing y priming). Un breve acercamiento

La opinión o doxa es la idea o concepto que una persona tiene sobre algo o alguien. Han sido muchas las personas que a lo largo de la historia han intentado definir qué es la Opinión Pública. Tal es el desafío, que a día d e hoy, continúan las investigaciones sobre qué significa este concepto. Herman C. Boyle considera que "la opinión pública no es el nombre de una cosa, sino una clasificación de una serie de cosas". Para Fermín Bouza existen dos tipos de Opinión Pública: un concepto político y uno social. Para conocer cómo se construye el discurso en los medios de comunicación y qué actores son los que influyen en él es necesario entender qué mecanismos están influyendo en él.

Teoría de la agenda setting . Esta teoría, que se encuentra, según los propios creadores dentro de los estudios de opinión pública funcionalista[4], es fruto del trabajo de Maxwell McCombs y Donal Shaw. En su investigación analizaron distintos medios de comunicación para encontrar los temas principales que aparecían en estos, así como la manera en la que esta información se presentaba a los ciudadanos.

Para elaborar esta teoría se basaron en la obra de Walter Lippman en la cual este autor afirmaba que "los medios informativos, esas ventanas al inmenso mundo que queda más allá de nuestra experiencia directa, determinan los mapas

[4] Esta corriente estudia la manera en la que los medios influyen en el receptor desde la perspectiva psicológica.

cognitivos que nos hacemos de él". Es decir, lo que concebimos como realidad está construido a través de los medios de comunicación.

La agenda setting es la forma en la que los mass media señalan qué temas son importantes y de qué manera tienen que ser tratados. Existen tres tipos de agenda: la agenda mediática, la agenda pública y la agenda política. Siguiendo esta teoría, la agenda mediática es la que organiza qué temas aparecerán en la agenda política y la agenda pública. La agenda pública recoge los temas que la sociedad define como importantes y, la agenda política, gestiona las acciones que se toman desde el Gobierno. En este sentido, "una vez que las noticias escogidas por los medios informativos se convierten en materia prima para la opinión pública, se ha logrado fijar los 'temas de agenda'. El concepto alude a que los medios influyen en lo que ocupará los pensamientos de la gente".

Teoría del framing. Esta teoría es una adaptación de las investigaciones que hizo Goffman en psicología y sociología para comprender de qué manera se construye la realidad a través de las interacciones personales. En su obra establece que "un marco de referencia primario es aquel que se considera que se convierte en algo que tiene sentido, lo que de otra manera sería un aspecto sin sentido en la escena".

Para Goffman los marcos están sometidos a continuas transformaciones según va cambiando la sociedad. Los medios de comunicación, de acuerdo con esta teoría, se convertirían en un instrumento más para generar estos "marcos" sociales. Desde su aparición han sido varias las personas que han investigado sobre la repercusión que puede tener esta teoría. Sádaba afirma que "para Todd Gitlin, los frames son recursos que utilizan los medios desde una posición dominante, hegemónica, para organizar la realidad de una sociedad. William Gamson, sin embargo, desmitifica este poder absoluto otorgado a los medios en relación con la acción colecti va, al afirmar que no son la única fuente de conocimiento y que su in- fluencia no equivale en todos los casos al control social"

Priming. Esta teoría fue creada por Shanto Iyengar y Donald Kinder. Según su investigación, existen una serie de factores que influyen en la opinión que la sociedad tiene sobre determinados personajes públicos. A medida que se define qué temas son "primicia", los ciudadanos los usarán, probablemente, para formar sus propias opiniones.

Crimen organizado y sistemas políticos

Los sistemas políticos son aquel conjunto de grupos y procesos que interactúan en un determinado entorno histórico y cultural. Francesco Forgione, presidente de la Comisión Parlamentaria Antimafia italiana entre 2006 y 2008 afirmó que "la mafia es mafia por su relación con la política". ¿Pero qué relación hay entre crimen organizado y sistemas políticos? Los autores Ibáñez y Giménez-Salinas Framis consideran que existen tres niveles de relación entre delincuencia organizada y sistema político: predatoria, parasitaria y simbiótica.

La relación predatoria está relacionada con aquellas organizaciones "que carecen de capacidad o interés para manipular el funcionamiento de las instituciones públicas". En este sentido, esta organizaciones se caracterizan por tener un impacto mínimo en los sistemas políticos. Por su parte, la relación parasitaria tienen el poder de "corromper y manipular" el funcionamiento de una democracia en determinadas áreas. En este sentido, juegan un rol fundamental las distintas políticas públicas del Estado, así como las distintas estrategias aplicadas por las organizaciones criminales para desestabilizar las democracias, estrategias en donde la información juega un papel fundamental.

Por último, según esta explicación, se encuentra la relación simbiótica, que se refiere a aquellas circunstancias en las que las organizaciones criminales progresan "hacia una relación más estrecha con el Estado". Asimismo, si esta relación avanza podría llegar hasta el nivel de la "criminalización parcial o total de las políticas de un determinado Estado".

Crimen organizado y desinformación: una relación conflictiva

Si bien existen diferentes estrategias criminales para corromper y manipular las democracias, en este artículo nos centraremos en la desinformación como instrumento para ejercer una determinada influencia política y debilitar el Estado. ¿Qué persiguen las organizaciones criminales? ¿De qué manera utilizan los medios de comunicación para generar opinión pública? ¿Qué papel juega la desinformación en esta complicada relación?

Ser periodista en algunos países de América Latina es tener que aprender a vivir en riesgo permanente. En las regiones donde operan distintas organizaciones criminales, este riesgo es aún mayor. Uno de los objetivos del periodismo es informar a la sociedad de manera objetiva e intentar buscar la

verdad. Sin embargo, paradójicamente en la época en la que vivimos es mucho más complicado reconocer la verdad, a pesar de que nuestro conocimiento sobre la realidad es mucho más amplio de lo que ha sido nunca.

En los últimos años el fenómeno de la desinformación (y el paraguas semántico que le rodea: ciberpropaganda, clickbait, granjas de contenidos, hechos alternativos, etc.) ha ido desarrollándose en América Latina. El investigador Raúl Magallón Rosa recoge en su libro 'Unfaking news' las declaraciones de Edward McKernon, editor de Associated Press en 1925, quien ya utilizó el término "fake news" para advertir en Harper's Magazine de que lo que realmente hace que el problema de distribuir noticias precisas y objetivas sea más complicado "es el número de personas, mucho mayor de lo que la mayoría de los lectores perciben, que tienen la intención de desinformar al público para sus propios fines". Casi un siglo después esta afirmación describe la relación que existe entre los medios de comunicación y los grupos de crimen organizado, que utilizan los primeros como un canal para lograr sus objetivos.

En la actual sociedad digital, donde predomina la sobreexposición a la información y la inmediatez prevalece sobre la verdad en muchas ocasiones, estos bulos aumentan. En América Latina este fenómeno ha estado presente, por ejemplo, en el plebiscito por la paz en Colombia o con la aparición de la pandemia del coronavirus. La Organización Panamericana de la Salud hablaba en 2020 de "infodemia", refiriéndose a la cantidad de información excesiva (alguna correcta y otra no) a la que nos exponemos diariamente y que "dificulta que las personas encuentren fuentes confiables y orientación fidedigna cuando lo necesitan".

La estructura mediática de América Latina ha favorecido el hecho de que los medios de comunicación apuesten por informar sobre las actuaciones de los grupos de crimen organizado. El sistema de medios de la región se caracteriza, según Francisco Sierra Caballero y Salomé Sola-Morales por "a) falta de pluralidad, por la elevada concentración mediática que fomenta el dominio del monodiscurso, que anula la diversidad y las voces alternativas; b) precariedad laboral de periodistas e informadores, que dependen de oligarquías y propietarios de los medios (...); c) censura impuesta desde el gobierno e inducida por las élites, los lobbies y los magnates económicos; d) colonialismo anglosajón de los modelos de profesión periodística, impuestos a través de sociedades y agencias de prensa; e) hiperconcentración de la publicidad y dominio de los grandes capitales nacionales y transnacionales y; f) control absoluto de las élites unidas --poder mediático, gobiernos y lobbies económicos o grupos transnacionales".

Las distintas organizaciones criminales se aprovechan de las fallas de este sistema para utilizar los medios de comunicación para lograr sus intereses. La investigadora Brigitte Nacos considera que los grupos terroristas y criminales utilizan la estructura mediática para perseguir los siguientes objetivos:

1) **Atención pública e intimidación.** De acuerdo con Nacos, los grupos de crimen organizado optan por actos violentos o llamativos para lograr una mayor cobertura informativa. **"**Sin duda, cuanto más espectacular, más audaz y más letal sea un ataque, más noticias sobre el asunto habrá en los medios de comunicación", asegura este autora que además explica que es una de las maneras de intimidar a sus objetivos. "Una vez que una sociedad está intimidada, el mero hecho de pensar en más ataques aumentará el miedo y la ansiedad", afirma.

2) **El reconocimiento de sus reivindicaciones y demandas**. Una vez que tienen la atención del público objetivo, los grupos criminales quieren informarles de sus motivos y que sus objetivos, principalmente las democracias, sepan por qué se les odia y por qué son objeto de ataques.

3) **Respeto y simpatía**. Cuando estas organizaciones atacan, no se esfuerzan por ser queridos por su público objetivo; sino que quieren ser temidos y hacer reaccionar al público y al gobierno del país. Pero, al mismo tiempo, aspiran a aumentar el respeto y la simpatía entre las personas en cuyo nombre dicen actuar, de acuerdo con Nacos

4) **Un grado de legitimidad.** "Los líderes de las organizaciones criminales adoran recibir atención por parte de los presidentes, primeros ministros y otros altos cargos, especialmente si estos funcionarios representan a gobiernos que ocupan un lugar destacado en su lista de objetivos prioritarios. Perciben este tipo de atenciones como una señal de que se les trata como a los líderes políticos legítimos, o incluso mejor", incide Nacos en su investigación sobre la relación de los medios de comunicación y el terrorismo.

La manera en la que las organizaciones criminales se presentan en los medios de comunicación tiene una relación directa en la forma en la que las distintas democracias responden ante este fenómeno. En este sentido juegan un papel muy importante las teorías mencionadas anteriormente (priming, agenda setting y framing) al apostar por informar sobre determinados asuntos desde la perspectiva del "periodismo de guerra" o periodismo violento.

Los indicadores del desarrollo mediático establecidos por la UNESCO consideran que es cierto que los masss media e incluso las redes sociales juegan un rol importante a la hora de sostener y reforzar la democracia, la gobernabilidad y los derechos humanos. Sin embargo, los medios de comunicación también se han convertido en una herramienta utilizada por los grupos de crimen organizado, provocando grandes heridas en el ejercicio de la democracia.

Con este tipo de información se va construyendo en las sociedades lo que Irene Lozano, autora del libro Son Molinos, no gigantes, define como "arquitectura de la polarización". Según esta hipótesis, las fake news cumplen tres objetivos: El primero de ellos es que erosionan el debate público y lo debilitan "como mecanismo racional para la toma de decisiones". Lozano defiende la idea de que al contaminar el sistema con información falsa, el denominado cuarto poder "queda inhabilitado como herramienta esencial de la democracia". Por otro lado, este tipo de noticias polarizan y dividen la sociedad y en tercer lugar aumentan la desconfianza hacia las élites, tanto políticas como académicas, e incluso periodísticas.

Para cumplir estos objetivos las organizaciones criminales usan una serie de estrategias. En la actualidad las noticias corren con extraordinaria rapidez; prácticamente ningún medio es capaz de controlar o monopolizar una noticia más de unas horas. Este hecho ha transformado totalmente la labor de producción que en estos momentos consiste más en la capacidad de procesar un gran volumen de información de manera eficaz, que de competencias editoriales. En contra, se pierde en determinadas ocasiones calidad en la cobertura informativa.

En este sentido, la desinformación tiene el poder de estar presente en un gran volumen de diferentes medios al mismo tiempo (radio, tv, prensa e internet), llegando así a un mayor público. Además, repiten hasta la saciedad las secuencias inmediatas de un acontecimiento pero en rara ocasión, se fijan en su complejidad, orígenes o contexto. Por razones obvias, huyen de noticias que no van a generar respuestas en el público al que se dirigen. La rapidez y la continuidad en la que publican en las redes sociales (cada 5-10 minutos) es un rasgo característico de estos medios. La tendencia a la superficialidad provoca que en estas noticias haya falta de objetividad e incluso, falta de coherencia. Si una persona no está bien informada será blanco fácil de esta propaganda.

El caso de Colombia y la aparición de nuevas narrativas para combatir la desinformación

No obstante, durante los últimos años han ido surgiendo iniciativas cuyo fin es reducir el impacto de la desinformación en las democracias. Un ejemplo de ello es Colombia, en donde los medios de comunicación colombianos han sido factores determinantes que dan validez o no al proceso de paz que está viviendo el país a partir de los marcos de interpretación en los que sitúan su discurso. En los últimos años el periodismo de guerra ha ido transformándose hacia un periodismo de paz, siguiendo la clasificación establecida por Galtung al comienzo de este escrito. Todo ello ha sido gracias a la aparición en el país nuevos canales de información que pretenden consolidar el nuevo rol del periodismo en la historia colombiana. En cuanto a las nuevas narrativas que están surgiendo en el país hay que destacar las siguientes:

-Proyecto Coca. Este proyecto puesto en marcha por el medio de comunicación Pacifista que se define a sí mismo como "proyecto enfocado en contenidos sobre la terminación del conflicto armado y la construcción de paz en Colombia". Su eslogan es "una plataforma para la generación de paz". En esta iniciativa se trabaja por visibilizar la problemática del narcotráfico a través de distintos recursos digitales.

- Rutas del conflicto. A través del periodismo de datos, este portal periodístico ha diseñado una cartografía del conflicto desde 1982. En su web señalan que este "proyecto ha llegado a las regiones colombianas golpeadas por la violencia para contar la historia de la guerra desde la voz de los sobrevivientes. Rutas del Conflicto busca la convergencia entre formatos tradicionales y formatos digitales, a través del periodismo de datos y el periodismo ciudadano". Destaca el proyecto "Yo sobreviví" que pretende involucrar a las víctimas en la construcción de la memoria histórica del país.

-4 ríos. Trata el tema de la memoria con un enfoque bastante llamativo y artístico. A su juicio, el proceso de construir memoria es necesario de cara a los procesos de reconciliación y búsqueda de paz. Es por ello por lo que "4 Ríos quiere proponer otras formas de acercarnos a le memoria, a la construcción de espacios de intercambio y debate, de sensibilizarnos ante estos hechos, de no olvido, de el rescate de aquello que, por el paso del tiempo, se cree perdido".

Conclusiones

Sea cual sea su impacto, la estrategia de desinformación iniciada en América Latina por distintas organizaciones criminales es definitivamente un caso de estudio acerca de la complejidad de la propaganda moderna. Los medios de comunicación que se hacen eco de este tipo de noticia ofrecen un contenido muy atractivo; un contenido que no permite diferenciar claramente qué es periodismo y qué es desinformación.

La esencia de estas organizaciones criminales es engañar y debilitar a lo que ellos consideran es una amenaza. Para conseguir este objetivo deberían aumentar su coordinación entre los diferentes centros de propaganda. En cuanto al impacto, la estrategia de desinformación latinoamericana no ha conseguido cambiar la percepción que tiene el mundo sobre este territorio pero sí que ha conseguido transformar la percepción que tienen los latinoamericanos sobre Occidente. Lo ha hecho a través de las distintas narrativas utilizadas; narrativas que han sabido adaptarse a la realidad con la que conviven y sobre todo, que han analizado desde un principio las debilidades de sus contrincantes, para así poder atacarles.

En este sentido, las organizaciones criminales consideran que la información es un elemento de importancia estratégica. A su juicio, las sociedades abiertas son muy vulnerables y probablemente aprovechar estas herramientas es mucho más útil y dañino que cualquier tipo de arma. Han descubierto cómo desacreditar a su contrincante de manera efectiva.

En estos tiempos de crisis política y social, un consumidor normal de noticias difícilmente puede enterarse qué es lo que pasa en realidad respecto a ciertos temas. Las organizaciones criminales han sabido aprovecharse de este vacío ofreciendo a la población esa información que quieren consumir; información que no siempre está verificada.

El mundo en el que vivimos es un mundo donde la verdad y la objetividad son dos conceptos muy discutibles. No obstante, las distintas percepciones sobre una determinada realidad deben de ser aceptadas. En este contexto, algunos medios de comunicación ofrecen un punto de vista alternativo, aunque cuestionen algunos de los valores que la sociedad Occidental como el Estado de derecho o la democracia liberal.

Es cierto que la pandemia del coronavirus ha provocado una nueva crisis económica y social y es cierto también que la economía o el sistema de democracia, a veces, fracasan o decepcionan abriendo una brecha que las distintas

organizaciones criminales han sabido aprovechar. En los últimos años, las fuerzas políticas y económicas nos han demostrado que a día de hoy cuentan con una tecnología y con distintos instrumentos informativos que cada vez están más presentes en nuestras vidas; unos instrumentos que seguirán existiendo mientras vivamos en un mundo que necesita estar informado.

Futuras líneas de investigación

Como futuras líneas de investigación sería interesante analizar el impacto de la desinformación en las democracias latinoamericanas. En estos momentos pronosticar qué es lo que va a suceder es precipitado por la naturaleza del conflicto ya que no existen argumentos suficientes para que una hipótesis de este tipo sea respaldada. Por otro lado este trabajo podría dar pie a estudiar la efectividad de las medidas que están poniendo los distintos estados en marcha para acabar con esta guerra informativa.

Cuál será la hoja de ruta que seguirá tanto Occidente como Rusia en lo que se refiere a los conflictos híbridos podría ser otro de los temas a tratar en un futuro. También se podría hacer un análisis riguroso de cómo está interpretando la sociedad esta situación. En definitiva y para un futuro la pregunta no será si las ofensivas iniciadas por las organizaciones criminales han finalizado, sino cuándo y cómo y sobre todo y siguiendo esta línea, qué papel ha jugado la desinformación en ello.

REFERENCIAS

ADELANTADO, José, y SCHERER Elenise. *Desigualdad, Democracia y Políticas Sociales Focalizadas en América Latina*." *Estado, Gobierno y Gestión Pública*[En línea], Número 11 (1 enero 2008). [consultado 2020-12-06] Disponible en: https://auroradechile.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/14143

AMORÓS GARCÍA, Marc, 2018, *Fake news*. Barcelona : Plataforma Editorial.

BARBER. Benjamin. *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia. Paidós, Barcelona, 2004*, 2005. , Ediciones Complutense.

BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho constitucional.* Lucas Verdú, P. (prol) Madrid: Tecnos, 1987

BOBBIO, Norberto. *Diccionario de política*. 13° edición, 2 tomos, Ed. Siglo XXI, México, 2002. Pp. 1464-1469.

BONOMETTI, Petra y RUIZ SEISDEDOS, Susana. *La democracia en América Latina y la constante amenaza de la desigualdad*. Andamios [online]. 2010, vol.7, n.13 [consultado 2020-12-04], pp.11-36. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632010000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1870-0063.

BOUZA, Fermín: "Desventuras de un concepto claro y distinto: Opinión Pública" en Reflexiones sociológicas. Libro homenaje a José Castillo Castillo, VV.AA, 2004, [en línea], https://www.ucm.es/data/cont/docs/471-2013-11-05-opiesp%20(1).pdf (Consulta: 29 de julio de 2018)

CALDUCH, Rafael: "Métodos y técnicas de investigación en Relaciones Internacionales", Universidad Complutense de Madrid, [en línea] <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55163/2Metodos.pdf >, (Consulta: 13 de junio de 2018)

CALDUCH CERVERA, Rafael, *Relaciones internacionales*. Madrid : Ciencias Sociales, 1995.

DAHL, R. *La democracia.* Barcelona: Ariel Quintaesencia, 2014

DE LA CORTE IBÁNEZ, Luis y GIMÉNES-SALINAS FRAMIS, Andrea. Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada. Ariel, 2010. Barcelona: ISBN: 978-84-344-6936-5

FISAS, Vicenç: Cultura de paz y gestión de conflictos, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 408

GALTUNH, Johan: "La violencia cultural, estructural y directa" en Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, nº 183, 2016. Págs. 147-168, [en línea], https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5832797 (Consulta: 26 de octubre de 2020)

GIRÓ, Xavier: Enfoques analíticos críticos sobre el discurso de la cobertura informativa de conflictos en: TELLESCHI, Tiziano y SANDOVAL, Andrés: Espacio y tiempo en la globalización. Una visión de la transparencia en la información, Toluca, Universidad de Pisa y Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa, 2007, p. 426.

GOFFMAN, Erving: Frame análisis. Los marcos de la experiencia, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2006.

GOMIS, Lorenzo: El medio"media". La función política de la prensa, Barcelona, Mitre, 1987, pp. 550.

GRABER, Doris: Los medios de comunicación y la política Americana en MUÑOZ, Alejandro

HARWOOD L.: Childs, Public Opinion: Nature, Formation, and Role. Princeton, NJ:Van Nostrand, 1965, pp.15.

INSTITUTE FOR ECONOMICS AND PEACE: "Measuring peace in media 2011". Special Report, 2011, [en línea], http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/06/Measuring-Peace-in-the-Media-2011-Report_0.pdf (Consulta: 25 de julio de 2018)

IYENGAR, Shanto y KINDER, Donald: Televisión y opinión pública, México, Gerika, 1993.

KAPUSCINKI, Ryszard: "¿Reflejan los medios la realidad del mundo?", Discurso durante la entrega de los premios de periodismo Stora Journalistpriset, Estocolmo, 1998, [en línea] https://www.rebelion.org/hemeroteca/medios/ryszard180602.htm

LASSWELL, Harold D.: Estructura y función de la comunicación en la sociedad, en MORAGAS SPA, Miquel: Sociología de la comunicación de masas, tomo II, Gustavo Gill, Barcelona, 1985. [en línea], http://www.periodismo.uchile.cl/talleres/teoriacomunicacion/archivos/lasswell.pdf (Consulta: 14 de junio de 2018)

LIPPMANN, Walter: Public Opinion. New York: Dover Publications, 1922, pp.163.

LOZANO, Irene. *Son molinos, no gigantes*. 1. Barcelona : Península. 2020.

LYNCH, Jane y MCGOLDRIC, Annabel: Peace Journalism, Londres, Hawthorn Press, 2005, pp. 288.

MAGALLÓN ROSA. R. Unfaking news. Cómo combatir la desinformación, Pirámide. 2019. Madrid: ISBN: 978-84-368-4105-3

MCCOMBS, Maxwell y SHAW, Donald L. "The Agenda-Setting Function of Mass Media" en The Public Opinion Quarterly, Vol. 36, nº2, 1972, pp. 176-187.

MÍGUEZ, Daniel, ISLA, Alejandro and MISSE, Michel, 2014, *Estado y crimen organizado en América Latina*. Buenos Aires : Libros de la Araucaria.

NACIONES UNIDAS: Constitución de la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura, Londres, 1945, [en línea] http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Consulta: 24/10/2021)

NACOS, Brigitte Lebens, 2005, *Terrorism and counterterrorism. Understanding Theats and Responses in the Post-9/11 World*. 1. Nueva York : Pearson Education.

NACOS, Brigitte Lebens, 2016, *Mass-mediated terrorism. Mainstream and digital media in Terrorism and Counterterrorism*. 3. Maryland (EEUU) : Rowman & Littlefield Publishers.

PALACIO MONTIEL, Celia Del. *Periodismo impreso, poderes y violencia en Veracruz 2010-2014: Estrategias de control de la información*. Comun. soc [online]. 2015, n.24 [consultado 2020-12-07], pp.19-46. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-252X2015000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0188-252X.

PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. . La historia de la propaganda: una aproximación metodológica. Historia y Comunicación Social, 1999, número 4, 145-171.

ROBERTO APARICI; David GARCIA Marín., 2019, *La posverdad. Una cartografía de los medios, las redes y la política.* Gedisa editorial, 2019. Barcelona

RODRÍGUEZ-BLANCO, S. y MASTROGIOVANNI, F. (2018). *Narrativas hegemónicas de la violencia. El crimen organizado y el narcotráfico entre el periodismo y las ficciones televisivas.* Anàlisi. Quaderns de Comunicació i Cultura, 58, 89-104. DOI: <https:// doi.org/10.5565/rev/analisi.3098>

ROSPIR, Juan Ignacio: Comunicación Política, Barcelona, Universitas, 1995, pp. 119-140.

RUIZ, Carlos, *La agonía del cuarto poder*. 1º edición, 2008, Barcelona : Trípodos.

SÁDABA GARRAZA, Teresa: "Origen, aplicación y límites de la «teoría del encuadre» (Framing) en comunicación", en Comunicación y Sociedad, 2001, pp. 143-173.

SÁNCHEZ REYES, María Isabel. *Periodismo bajo fuego: La nueva guerra del crimen organizado en Centroamérica. Anuario de Estudios Centroamericanos* [online]. 2017, vol.43 [cited 2021-02-01], pp.259-285. Disponible en: <http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-41752017000100259&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2215-4175. http://dx.doi.org/10.15517/aeca.v43i0.31558.

SIERRA CABALLERO, Francisco y SOLÁ-MORALES, Salomé. *Golpes mediáticos y desinformación en la era digital. La guerra irregular en América Latina*. Comunicación y sociedad, 2020. [En línea]. [consultado 2020-12-04]. Disponible en: https://doi.org/10.32870/cys.v2020.7604

A ESFERA PÚBLICA DIGITAL E O DESMONTE DA UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA

Natália Caroline Soares de Oliveira
Universidade Federal Fluminense, doutoranda do programa de pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios, Niterói, Brasil
oliveira_natalia@id.uff.com

Resumo: Este trabalho tem como tema a relação entre uma possível esfera pública digital e a produção de notícias falsas sobre as universidades públicas brasileiras. Procurar-se-á analisar como essa nova e possível esfera pública atua como uma ferramenta de desmonte da universidade, para que um outro modelo de educação superior seja criado. Em um primeiro momento abordaremos a formação de uma possível esfera pública digital. A segunda parte do trabalho buscará mostrar como as redes sociais e a *internet* atuam para formação de uma opinião pública, mesmo que sustentada em *fake news*. Utilizamos como objeto de análise as informações falsas e os ataques que as universidades públicas brasileiras vêm sofrendo ao longo dos últimos anos. A metodologia do trabalho utiliza como fontes principais a produção feita pelos meios comunicativos e informativos, utilizando de notícias e dados, além de revisão bibliográfica. Assim, apontamos as ausências comunicacionais e as falhas democráticas geradas por uma opinião sustentadas em "bolhas digitais".

Palavras-chave: esfera pública digital, mídias sociais, universidade pública brasileira.

Abstract: This paper has as its theme the relationship between a possible digital public sphere and the production of fake news about Brazilian public Universities. It will seek to analyze how this new and possible public sphere acts as a tool for dismantling the university, so that another model of higher education is created. In a first moment we will address the formation of a possible digital public sphere. The second part of the paper will seek to show how social networks and the Internet act to form a public opinion, even if supported by fake news. We will use the false information and the attacks that Brazilian public Universities have suffered over the last few years as an object of analysis. The methodology of the study uses as main sources the production made by the communicative and informative media, using news and data, besides bibliographical revision. Thus, we point out the communicational absences and democratic failures generated by an opinion sustained in "digital bubbles".

Keywords: digital public sphere, social media, Brazilian public University.

INTRODUÇÃO

As universidades públicas brasileiras possuem um papel histórico de produção independente e crítica do conhecimento, e cada vez mais vem se tornando um espaço democrático e plural, seja através da expansão do acesso às universidades, seja por meio de programas de inclusão, como as cotas raciais, sociais e mais recentemente a reserva de vagas para as pessoas trans. Em contraposição, difunde-se cada vez mais a ideia das universidades como um espaço de ensino instrumental cuja finalidade é a formação de mão de obra para o mercado de trabalho, além da reprodução de um conhecimento acrítico e que apenas perpetue os dogmas e valores já consolidados na sociedade, como por exemplo, a ideia de família.

As universidades públicas brasileiras vêm sofrendo ataques constantes nas redes sociais, desde aspectos relacionados aos estudos de gênero, a filosofia e as humanidades, como também, na produção e manipulação de notícias falsas, que vinculam as universidades públicas com sexo e drogas, com o objetivo de desqualifica-las e gerar uma opinião pública sobre as mesmas.

É pensando nessa atuação cada vez maior entre política e as redes sociais, que apresentamos em um primeiro momento uma visão do que seria uma possível esfera pública digital, nos moldes habermasiano. Para em um segundo momento analisarmos o potencial de das redes sociais, na criação e manipulação de notícias. O objetivo principal do artigo é pensarmos nas possibilidades, embates e modelos possíveis de uma participação efetiva de todos os envolvidos na esfera pública, ou melhor dizendo, na esfera digital.

1. A esfera pública política e a articulação para uma esfera pública digital

Ao chamarmos os espaços digitais e as articulações discursivas que podem ser pensadas na *internet* e nas redes sociais de esfera pública digital, é importante destacarmos que estamos partindo da ideia de esfera pública política utilizada pelo autor alemão Jürgen Habermas, uma vez que esses espaços não dependem de intermediários para articulação dos indivíduos. Estamos fazendo uma analogia para pensarmos as possibilidades para que esses espaços de interação, possam atuar como um meio de diálogo e formação de opinião pública, pois como afirma Habermas: "o sujeito dessa esfera pública é o público enquanto portador da opinião pública" (HABERMAS, 2003, p.14). Mas como essa opinião pública pode ser pensada de forma democrática? Como esse espaço pode funcionar também

para desinformação e deslegitimação de instituições, como a Universidade? A princípio o que pretendemos demonstrar é como essa esfera pública digital, mesmo com um aspecto democrático de participação, pode ser um veículo para a articulação de uma opinião pública fundada em desinformação e manipulação.

O autor Jürgen Habermas é hoje um dos principais pensadores que avançou na problemática sobre as esferas públicas e ficou amplamente conhecido por reconstituir, na década de 1960, no seu livro Mudança estrutural da esfera pública (2003[1962]) a noção de esfera pública a partir da sociedade liberal burguesa. Habermas realiza um estudo das origens da esfera pública burguesa e suas principais transformações advindas do desenvolvimento do capitalismo, bem como dos meios de comunicação em massa. Para isso, o autor realiza uma descrição dos diferentes sentidos que o termo "público" assumiu na história, bem como do processo de decadência da representatividade pública.

A partir de uma descrição e análise histórica da formação e decadência da esfera burguesa, que consistia em espaços de debates e críticas, onde a opinião pública se formava e permitia a burguesia pressionar o Estado, Habermas chama a atenção para uma esfera pública literária – que encontra as suas instituições nos *coffee-houses,* nos *salons* e nas comunidades de comensais (HABERMAS, 2003, p. 45) – essa esfera viria originar a "esfera pública política", formada pelos herdeiros da sociedade aristocrata e humanista e a camada intelectual da burguesia

A formação desse espaço de interação entre os sujeitos, para Habermas, foi também decisiva para uma diferenciação entre o "privado" e o "público", a intimidade e a publicidade. Se antes, o sentido do "privado" estava relacionado com a sobrevivência e com as necessidades, agora, segundo Habermas, a esfera privada compreendia "a sociedade civil burguesa em sentido mais restrito, portanto, o setor da troca de mercadorias e do trabalho social; a família, com sua esfera íntima, está aí inserida" (HABERMAS, 2003, p.46). Assim, a esfera pública era a intermediária entre as necessidades sociais e o Estado, utilizando como meio a opinião pública.

Em seu estudo, Habermas aponta que a mudança estrutural ocorre quando o poder é tomado pela burguesia. Algumas das consequências geradas por tal fato seriam: o estreitamento do setor privado e da esfera pública, o controle dos meios de comunicação pela burguesia, que acabaram por legitimá-la ainda mais, e a manipulação da opinião pública. Desta forma, cabe destacarmos que ao utilizarmos a ideia de uma esfera pública digital, estamos nesse artigo pensando na

ideia de formação, discussão e interação entre indivíduos de forma a possibilitar a formação de uma opinião pública nesse espaço aberto de diálogo.

Aqui cabe destacarmos uma diferenciação importante na obra de Habermas, o conceito de sistema e mundo da vida. Essa definição surge quando no ano de 1981, o autor desenvolve em Teoria do Agir Comunicativo (2012 [1981]), uma concepção da história da humanidade que se fundamenta em uma racionalidade instrumental e comunicativa. Dessa discussão, Habermas desenvolve uma teoria da ordem social que fosse vista então sob o prisma desses dois níveis: sistema e mundo da vida.

O sistema está relacionado com a "reprodução material" e se divide em duas diferentes esferas: a econômica e a política, as quais são regidas respectivamente pelo dinheiro e pelo poder, já o mundo da vida, seria onde a esfera de "reprodução simbólica" da linguagem se manifesta, onde os atores sociais demonstram suas visões de mundo, onde as normas sociais ou os conteúdos subjetivos são apresentados, "onde podem criticar ou confirmar tais pretensões de validade, resolver seu dissenso e obter consenso" (HABERMAS, 2012, p.231). É, portanto, o cenário onde ocorre o agir comunicativo, onde a própria sociedade civil (movimentos, organizações e associações) pode articular suas demandas. Essa esfera de interação e participação dos sujeitos é denominada esfera pública, onde são discutidos, portanto, assuntos de preocupação pública e interesse comum.

Essa distinção se fez necessária para podermos pensar em uma esfera pública digital que tem em sua essência primordial a linguagem, a articulação e a interação dos sujeitos, uma vez que no artigo nosso ponto principal é a interação e formação de opinião que ocorrem, em especial nas redes sociais.

Um outro aspecto para a analogia das redes sociais com as esferas públicas pensadas por Habermas é a interação comunicativa desses espaços, algo essencial na teoria do autor. Nesse sentido, Habermas afirma que,

> O espaço de uma situação de fala, compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem. (HABERMAS, 1997, p.93)

Na obra Direito e democracia: entre facticidade e validade 1997[1992], Habermas articula as ideias de esfera pública, ação comunicativa e discurso, demonstrando o processo no qual a opinião e vontade coletiva são formados e institucionalizados. Essa institucionalização ocorre pelo paradigma procedimental de democracia, que pode articular a opinião coletiva desenvolvida por meio dos discursos na esfera do mundo da vida e as esferas formais dos processos de tomada de decisão institucionalizados. Assim, para Habermas, a esfera pública pode ser caracterizada "como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos" (HABERMAS, 1997, p.92).

É nesse sentido que apontamos a possibilidade de uma analogia com o que estamos chamando de esfera pública digital, uma vez que os espaços de interação entre os sujeitos, por exemplo as redes sociais *Whatsapp, Twitter, Facebook, Telegram, Youtube* e etc, funcionam como espaços de interação e articulação de ideias, um meio de confrontação de opiniões que possibilitaria a construção de uma opinião pública frente ao Estado e a esfera privada.

2. A *fake news* e a universidade pública brasileira

O mais recente Relatório Digital Global 2021[1], foi publicado e é uma parceria entre a consultoria global de redes sociais *We Are Social* com a *Hootsuite* uma ferramenta de gestão das redes sociais, nele podemos retirar informações relevantes sobre o crescente e constante uso da *internet* e das redes sociais a nível global. O relatório apresenta um aumento considerável em relação ao uso da *internet*, 316 milhões (7,3%) desde o ano de 2020, são 4,66 bilhões de pessoas em todo o mundo usando a *internet* em uma escala global isso representa 59,5% da população. Outro dado que nos interessa é o número de usuários das redes sociais, são um total de 4,20 bilhões de usuários em todo o mundo, com um acréscimo de 490 milhões nos últimos 12 meses, um aumento considerável, principalmente devido a pandemia de corona vírus (COVID-19) que impossibilitou que alguns países divulgassem dados para a pesquisa. No entanto, o número de usuários é relevante e representa mais de 53% da população mundial. O aumento de novos

[1] Todos os dados foram retirados do relatório Digital Global 2021, disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>

usuários nas redes sociais durante a COVID-19 foi uma média de 1,3 milhão de usuários ingressantes todos os dias durante o ano de 2020.

O relatório demonstra algo esperado, ou seja, a *internet* e as redes sociais são hoje uma das principais formas de comunicação e interação social. As análises comparativas do relatório ainda demonstraram que o número de usuários globais de mídia social desde janeiro de 2016, aumentou mais que o dobro, algo próximo de 1 bilhão de novos usuários somente nos últimos 3(três) anos. Juntamente com esses dados o número de horas que um usuário médio utiliza a *internet* é de aproximadamente 7 horas por dia, considerando todos os dispositivos e incluindo as redes sociais.

É notório que as redes sociais e o uso da *internet* possuem um impacto significativo na vida das pessoas, embora aqui devemos também destacar que o acesso à *internet*, ainda não é democrático e disponível a todos. Um estudo realizado pela ONU[2] em 2018 apontou para as diferenças sociais e econômicas desse acesso, já que 3,6 bilhões de pessoas não possuem acesso à internet, esse número é maior nos países menos desenvolvidos. Alguns dos empecilhos que o estudo identifica são a falta de habilidades digitais e os conhecimentos básicos de informática. Outra diferença demonstrada é a questão do gênero. A diferença de acesso entre homens e mulheres também é notória, a proporção de todas as mulheres do mundo que utilizam a internet seria de 48%, contra 58% de todos os homens. A diferença apresentada pelo relatório ocorre em todos os continentes, exceto nas Américas onde a proporção e igualdade de acesso beira a paridade. Essa diferença de acesso à internet é algo preocupante para a ONU que apresentou o estudo "Conectando a Humanidade – avaliando necessidades de investimentos para conectar a humanidade à internet até 2030"[3], e apontou a necessidade de apoio tanto dos setores privado como público para os investimentos necessários para esse acesso.

Os dados acima apresentados deixam claro a crescente utilização das redes sociais e da *internet*, mesmo que existam ainda um grande número de pessoas sem acesso e/ou com dificuldades para utilização, certo é que, a tendência e difusão das redes é cada vez maior e não podemos ignorar o poder de articulação e interação social que o meio digital pode proporcionar.

---

[2] Estudo realizado pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência das nações unidas. Disponível em < https://news.un.org/pt/story/2019/11/1693711>

[3] ONU News - Desenvolvimento econômico. Disponível em:< https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726652>.

Entendemos e compartilhamos da ideia que o avanço tecnológico é benéfico para as sociedades, no entanto, vamos destacar abaixo algumas questões necessárias de serem analisadas quando pensamos em redes sociais, *fake news*[4] e opinião pública, no que chamamos de uma possível esfera pública digital.

O nosso objeto de análise para falarmos de *fake news* foram as notícias falsas e/ou manipuladas sobre as universidades públicas brasileiras. Partimos desse objeto, a princípio, não somente pela grande quantidade de *fake news* vinculadas as instituições, mas também pela importância que as universidades públicas brasileiras ocupam enquanto espaços de resistências e desmistificação da crescente corrente de pensamento no Brasil e no mundo: o negacionismo[5].

A produção científica faz parte e é o cerne das universidades. A elaboração de projetos, pesquisas científicas, produção de teorias e comprovação das mesmas, seja em um laboratório ou em um meio social, é o papel e a função principal que as universidades desempenham de uma forma geral. No entanto, a universidade também possui um papel relevância na esfera social e cultural, pois além da produção técnica-científica que desempenha, seja nas pesquisas ou no ensino, ela também participa – através dos seus representantes, docentes, discentes, eventos, congressos, projetos de extensão e etc – ativamente na construção social, nos debates políticos, econômicos e culturais. Esse ponto é essencial para pensarmos: por que a universidade pública foi e é alvo de tantos ataques?

O compartilhamento de notícias e informações falsas, não é algo novo, porém o termo *fake news*, ganhou destaque na mídia com a eleição do presidente americano Donald Trump e as inúmeras notícias falsas que foram intensamente compartilhadas sobre a candidata Hillary Clinton, naquela época em disputa pela presidência com Trump. O meio principal meio para propagação dessas notícias falsas são as redes sociais. O usuário que as recebe tem a impressão de serem notícias verídicas, pois a manipulação das imagens e o texto que é utilizado acompanha uma linguagem jornalística e informativa. Dessa forma, a pessoa que

[4] *Fake news* é um termo em inglês, que significa notícias falsas, é utilizado para referir-se a notícias, informações e/ou eventos falsos e/ou manipulados para que pareçam verdadeiros. Sua principal fonte de divulgação são as redes sociais, mas também ocorrem em forma de boatos, jornal impresso, televisão, rádio e etc.

[5] O termo negacionismo pode ser definido na ciência como: a rejeição de conceitos básicos, verdades incontestáveis, a negação de teorias e fatos comprovados e apoiados por um consenso científico e qualificado. É a negação da realidade e da verdade. Algumas questões podem servir como possíveis explicações para essa conduta, desde crenças religiosas e políticas até questões envolvendo um mecanismo de defesa psíquico.

lê ou recebe essas notícias tem a impressão de serem verdadeiras, já que muitas vezes estão vinculadas a fontes de notícias válidas e confiáveis. Esse foi o caso que ocorreu com as universidades federais brasileiras.

O Monitor de *Whatsapp* é uma ferramenta criada pelo Departamento de Ciência da Computação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e faz parte do projeto Eleições sem *Fake*. A ferramenta conseguiu identificar um aumento da disseminação de notícias falsas e/ou distorcidas sobre as universidades, conforme apontou o coordenador do projeto, Fabrício Benevenuto, quando houve o anúncio do governo federal – pelo então ministro da Educação Abraham Weintraub – de um corte de 30% dos recursos destinados as universidades federais, em abril de 2019. Os pesquisadores do projeto identificaram várias mensagens difundidas no aplicativo de mensagens *Whatsapp* que vinculavam as universidades com a sexualidade e a promiscuidade, conforme explica Benevenuto, as imagens que circulavam no aplicativo de mensagem mostravam "pessoas nuas ou em trajes íntimos em ambientes que podem ser associados à universidades, essas mensagens vinham também acompanhadas de textos com intenção clara de difamar as instituições públicas de ensino, menosprezando inclusive a sua produção científica"[6].

Outra *fake news* vinculada a universidade foi a mensagem com a foto de uma construção na UFBA (universidade federal da Bahia) e o anuncio, com uma linguagem jornalística, de que a era a construção de uma estufa agrícola para cultivo das espécies *Cannabis sativa* (maconha) e *Erythroxylum coca* (uma planta base para a produção de cocaína)[7]. A foto neste caso era verdadeira, mas a construção da tenda em questão era para o 4º Fórum de Direitos Humanos e Saúde Mental, que foi realizado no campus de Ondina. Ainda em relação a drogas, o ministro da Educação, na época, Abraham Weintraub, afirmou em sua conta pessoal no *Twitter* e em entrevista à TV Jornal da Cidade[8] que as universidades públicas possuíam plantações de maconha e também laboratórios de química que desenvolviam

[6] A entrevista completa está disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=-AoBKYDd6y8&feature=emb_title> Min.1:48 ao min. 2:45

[7] Universidade alerta para a circulação de *fake news*. Disponível em: < http://www.edgardigital.ufba.br/?p=13380>

[8] A entrevista está disponível no canal do Jornal da Cidade Online: <https://www.youtube.com/watch?v=Z1EvrM-EzCA>, o ministro da Educação, na época, Weintraub, faz a observação sobre as universidades federais e o plantio de drogas a partir do min.12:44, vale ressaltar que nessa entrevista o Ministro não cita o nome de nenhuma universidade.

metanfetamina, que é uma droga sintética. Em suas redes sociais, Weintraub utiliza dois casos verdadeiros que envolviam universidades federais e drogas, mas distorce a informação de modo a tentar exemplificar sua afirmação sobre as universidades serem um centro de produção e consumo de drogas. Os dois casos a que se refere Weintraub, conforme noticiado pelo portal de notícias G1, na reportagem "Desfechos de casos citados por ministro isentam universidades de ligação com drogas em campi"[9]são: dois vasos de maconha que foram encontrados em um terreno próximo a UNB (Universidade Nacional de Brasília), mas que em perícia técnica foi comprovado que o terreno não pertencia a universidade e que a mesma não tinha conhecimento dos dois vasos com plantio da droga, os dois estudantes identificados como responsáveis cumpriram pena alternativa. O segundo caso é referente a produção de drogas sintéticas na UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais), o caso relacionado a drogas e a universidade em questão, foi a apreensão de 140 "buchas" de maconha e 1(um) kg de haxixe dentro da UFMG, no entanto, a própria Polícia Civil responsável pela investigação confirmou que os traficantes que estavam vendendo as drogas e não eram alunos nem funcionários da instituição.

Os casos apresentados acima são algumas das *fake news* relacionadas a universidade. A ferramenta de monitoramento desenvolvida na UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) *Aos Fatos*[10], responsável por acompanhar 350 grupos de *Whatsapp*, informa que houve um aumento de 950% de compartilhamento de notícias falsas que envolviam as universidades federais e o uso de drogas, práticas de sexo, nudismo e gênero. O compartilhamento dessas mensagens ocorreu em menos de 24 horas, entre os dias 1 e 2 de maio de 2019, após o anúncio dos cortes em abril daquele ano. O que muitos especialistas e pesquisadores da área destacam é que as publicações têm como objetivo criticar as universidades e demonstrar uma desordem na gestão, para que o bloqueio orçamentário anunciado tenha amparo e apoio popular. Essa estratégia seria a mesma utilizada pelas empresas que manipularam as notícias e fatos nas campanhas eleitorais.

---

[9] Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/11/25/desfecho-de-casos-citados-por-ministro-isentam-universidades-de-ligacao-com-drogas-em-campi.ghtml>.

[10] Disponível em: https://www.aosfatos.org/noticias/apos-cortes-no-mec-envio-de-imagens-de-estudantes-nus-cresce-950-em-grupos-de-whatsapp-em-24-horas/

Um fato que deve ser destacado e que se articula com o anuncio do bloqueio orçamentário que na época foi anunciado pelo ministro da Educação, é que o resultado de um possível bloqueio seria ainda pior para a manutenção das universidades, pois já havia um congelamento dos gastos públicos anunciado pela Emenda Constitucional nº 95/2016, por um período de 20 anos.

Como demonstrado pelos fatos até aqui elencados, o número de ataques que as universidades sofreram revela, de forma sutil ou não uma intenção de desmonte da universidade pública, seja como uma estratégia de redução da relevância das universidades e também das instituições de pesquisas, ou seja por uma possível estratégia de privatização do ensino superior, já que com os cortes propostos e os que já estão em andamento, o desenvolvimento de atividades de ensino, pesquisa e extensão ficariam impossibilitados de ocorrer.

O que queremos destacar é que as *fake news* ou o compartilhamento de desinformação sobre as universidades geraram discussão entre os que recebiam as mensagens, e os principais pontos que foram debatidos eram a autonomia administrativa e a gratuidade das universidades federais. Esses pontos eram justamente os que poderiam gerar uma comoção social em relação aos cortes de verba que o governo federal pretendia realizar.

A apresentação feita até aqui sobre as redes sociais e o impacto que as *fake news* podem gerar, foi pensada de forma a demonstrar como o espaço digital pode sofrer com a manipulação de noticiais e qual o impacto possível para formação de uma opinião pública. Habermas (2003) ao discutir o papel da imprensa no processo de debate público e opinião pública aponta a importância dos meios de comunicação ao servirem como meio para informarem determinados cidadão sofre temas que sem esses meios de comunicação não poderiam ter acesso a informação. Fato esse, que poderia ser impeditivo na participação de um debate e é um fator importante na constituição da esfera pública.

Assim, entendemos que, embora a *internet* possa atuar como um importante meio de comunicação, que é capaz de fornecer informações de forma rápida, cada vez mais democrática e podendo gerar uma interação entre diferentes sujeitos, as redes sociais, ainda funcionam no que chamamos de "bolhas digitais", ou seja, existem ainda uma segregação daqueles que pensam diferente uns dos outros. Os grupos de *Whatsapp* e *Telegram*, as pessoas que se seguem no *Twitter*, noscanais do *Youtube*, parecem ainda não estarem interagindo de forma igualitária, democrática e crítica, como apontado pelas diferentes pesquisas feitas pelo Monitor de *Whatsapp, Aos Fatos* e outros tantos projetos que monitoram os grupos

nas redes sociais. Para que possamos pensar em uma real esfera pública digital é necessário pensarmos em uma autonomia e racionalidade constantes desses sujeitos. Para que assim seja possível falarmos em um espaço de diálogo e interação, espaço esse onde se forma a ação comunicativa.

CONCLUSÃO

A proposta do artigo foi analisarmos como as redes sociais e a *internet* poderiam ser pensadas como uma possível esfera pública digital, uma vez que a esfera pública em Habermas pode ser entendida como mediadora entre Estado e esfera privada, onde o discurso das pessoas privadas é transformado em questões de interesse geral e transportado para o "sistema político" e é onde a ação comunicativa ocorre. Utilizamos das *fake news* produzidas contra as universidades federais brasileiras como forma de pensarmos as deficiências que as redes sociais podem apresentar quando pensamos na formação de uma opinião pública, de um diálogo e um consenso.

As condições para uma comunicação e a resolução dos conflitos gerados em uma esfera pública, passam pela vontade comum, pela interação intersubjetiva desses sujeitos. Apontamos com as *fake news* e com diferentes estudos de controle da atuação de grupos específicos nas redes sociais, que as interações entre os diferentes sujeitos ocorrem em "bolhas digitais". Fato impeditivo de uma real interação comunicativa para a formação de uma vontade e opinião comum. Para além disso, o espectro moral é mais amplo e importante para a discussão, pois só ouvindo todas as pessoas, com condições de igualdade, autonomia, liberdade e vontade, bem como encontrando um ponto em comum a todos é que podemos pensar em uma esfera pública digital. Entendemos existir potencial democrático nas redes sociais, no entanto, o diálogo parece ainda distante de um ideal para uma esfera pública.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol II, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo,* 2 vol. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

JORNAL DA CIDADE ONLINE. *Weintraub quer combater a 'escravidão intelectual e financeira' do fracassado ensino paulofreiriano*. Disponível em : <https://www.youtube.com/watch?v=Z1EvrM-EzCA> Acesso em 31 jan.2021 às 14:00:00.

ONU News - Desenvolvimento econômico. *ONU: mundo precisará de US$ 428 bilhões para conectar todos à internet até 2030*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726652> Acesso em: 31 jan.2021, 12:09:00.

ONU News - Relatório União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência das nações unidas, Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1693711> Acesso em: 24 jan. 2021, 20:00:00.

PORTAL G1. *Desfechos de casos citados por ministro isentam universidades de ligação com drogas em campi*. Disponível em: < https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/11/25/desfecho-de-casos-citados-por-ministro-isentam-universidades-de-ligacao-com-drogas-em-campi.ghtml> Acesso em: 31 jan.2021, 13:09:00.

RELATÓRIO DIGITAL GLOBAL 2021, Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report> Acesso em: 31 jan. 2021, 10:44:00.

RIBEIRO, Amanda. *Após cortes no MEC, envio de imagens de estudantes nus cresce 950% em grupos de WhatsApp em 24 horas*. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/apos-cortes-no-mec-envio-de-imagens-de-estudantes-nus-cresce-950-em-grupos-de-whatsapp-em-24-horas/> Acesso em 31 jan.2021, 12:09:00.

TV UFMG. *Fakenews contra as universidades públicas: pesquisadores da UFMG analisam fenômeno*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=-AoBKYDd6y8&feature=emb_title> Acesso em 10 jan.2021 às 18:00:00

UFMG. *Universidades e fake news: estudiosos analisam fenômeno*. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/universidades-e-fake-news-pesquisadores-analisam-fenomeno> Acesso em 14 jan. 2021, 15:00:00

VELOSO, Josemara Veloso. *Universidade alerta para a circulação de 'fake news'*. Disponível em: < http://www.edgardigital.ufba.br/?p=13380> Acesso em 31 jan.2021, 12:09:00.

LA UE FRENTE A LA DESINFORMACIÓN, EL DILEMA DE LA REGULACIÓN

Juan Evangelista
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España
jevangel@ucm.es

Resúmen: En este último año y debido substancialmente a la pandemia provocada por la COVID 19, la desinformación «está de moda» y está proliferando tanto o más que la propia enfermedad. Estamos advirtiendo como desde diversos sectores, incluida la propia Organización Mundial de la Salud (OMS), se reclaman actuaciones para frenar esta «infodemia», que en las situaciones más extremas está causando muertes a las que podríamos atribuir el apelativo de «muertes por desinformación». En este contexto global que se propaga más allá de las fronteras de los países, es necesario coordinar esfuerzos para frenar la desinformación y es en este empeño donde una institución supranacional como es la Unión Europea (UE), puede y debe jugar un papel primordial para adoptar posturas homogéneas y de amplio consenso. En este artículo se analizarán las acciones más importantes que la UE ha llevado a cabo desde que comenzó a trabajar en esta esfera, focalizadas esencialmente en contrarrestar las campañas de desinformación provenientes de Rusia como instrumento indiscutible de la denominada guerra hibrida o amenazas hibridas. Para ello se abordarán las recomendaciones y medidas implantadas, así como el análisis de su afiliación y repercusión en España. Algunas de las implementaciones y recomendaciones dadas por la UE en este contexto se han visto desacreditadas por un aluvión de desinformación sin parangón que ha desbordado las redes de alerta, los verificadores y la autorregulación requiriendo probablemente un cambio en la postura adoptada por la UE y sus Estados miembros ante este fenómeno, que lejos de circunscribirse a un único actor estatal, como puede ser Rusia, ha sido utilizado de forma profusa en el ámbito político local y comercial global.

Palabras-clave: desinformación, autorregulación, censura, verificación, alfabetización mediática.

Abstract: In the last year, and due substantially to the pandemic caused by COVID 19, misinformation is «in vogue» and is spreading as much or more than the disease itself. We are warning that various sectors, including the World Health Organization (WHO), are calling for action to curb this «infodemic», which in the most extreme situations is causing deaths to which we could attribute the appellation of «deaths by disinformation». In this global context that is spreading beyond the borders of the countries, it is necessary to coordinate efforts to stop

the disinformation and it is in this effort where a supranational institution such as the European Union (EU), can and should play a key role in adopting homogeneous positions and broad consensus. This article will analyze the most important actions that the EU has carried out since it began working in this area, focused essentially on countering the disinformation campaigns coming from Russia as an indisputable instrument of the so-called hybrid war or hybrid threats. To this end, the recommendations and measures implemented will be addressed, as well as the analysis of their affiliation and repercussions in Spain. Some of the implementations and recommendations given by the EU in this context have been discredited by an unparalleled barrage of disinformation that has overwhelmed the warning networks, verifiers and self-regulation, probably requiring a change in the position adopted by the EU and its member Estates to this phenomenon, which far from being limited to a single state actor, such as Russia, has been used extensively in local politics and global business.

Key-Words: Disinformation, self-regulation, censorship, factchecking, media literacy.

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2015 la Unión Europea ha llevado a cabo grandes esfuerzos para abordar de una forma limitadamente intrusiva el problema de la desinformación, consciente de que este fenómeno constituye un problema creciente y que se está colocando en el centro de los procesos democráticos y de las crisis, tanto locales como periféricas. En su afán de respetar la «libertad de expresión» y evitar la percepción de censura, las medidas adoptadas han sido «tibias», sin herramientas coercitivas y basadas en la buena disposición de gigantes tecnológicos, redes sociales y agencias de anuncios.

A la vista de la proliferación de injerencias de la desinformación en los procesos electorales de distintos países, como puede ser EEUU y Francia, en referéndums legales e ilegales como pueden ser el del BREXIT en Reino Unido y el de Cataluña en España, hemos podido apreciar que las medidas adoptadas no han conseguido limitar esa desinformación. El último varapalo a estas iniciativas lo ha constituido la «desinfodemia» generada durante este último año alrededor de la COVID 19, que nos hace plantearnos si las medidas adoptadas o las soluciones recomendadas por la UE son las más adecuadas para la lucha contra esta «arma de destrucción masiva» como la califica el periodista David Alandete.

La hipótesis que se baraja en este artículo asume que esas medidas puestas en marcha por la UE no son suficientes y deben ser más contundentes, basadas en un marco de aplicación común que cuente con herramientas coercitivas que permitan corregir las desviaciones ante el incumplimiento de las normas impuestas.

En este estudio, se llevará a cabo un recorrido de las medidas adoptadas y recomendadas por la UE desde 2015, tratando de analizar la efectividad en su aplicación, especialmente en España, para limitar el efecto de la desinformación. Este análisis nos permitirá confirmar o refutar la hipótesis inicial. Las limitaciones a este estudio las podemos encontrar, ya de partida, en la escasez de estudios empíricos sobre la implementación de las medidas, ya que éstas cuentan con un pequeño recorrido. Sin embargo, los análisis previstos en la implementación del «código de buenas prácticas», tanto por parte de la UE, como por entidades independientes nos permiten extraer conclusiones muy precisas tanto de los avances, como de las deficiencias encontradas y las necesidades de cambio en este ámbito.

El objetivo principal de este estudió se centra en analizar los argumentos, si existen, que prueben la fragilidad de las medidas adoptadas por la UE o la falta de adecuación de estas para atajar un problema creciente con un enorme potencial de desestabilización de sociedades y que puede en última instancia poner incluso en entredicho la existencia misma de la UE. Este artículo se aborda tratando de dejar a un lado los posibles sesgos personales que pudieran interferir en la adopción de una postura objetiva ante el tema en estudio.

1. Los primeros pasos de la UE ante la desinformación

El despertar de la Unión Europea ante la desinformación se iniciaba en marzo de 2015 cuando el Consejo Europeo alertaba de la necesidad de tomar medidas ante las campañas de desinformación al hilo de la intervención de Rusia en Ucrania. Se instaba al Alto Representante, en coordinación con los Estados miembros, a desarrollar un «Plan de Comunicación Estratégica» y a adoptar, como primer paso, la creación de un equipo de comunicación (CONSEJO EUROPEO, 2015).

Ese mismo mes se creaba la *East Strategic Communications Task Force* dentro del Servicio Europeo de Acción Exterior (EEAS), cuya misión principal es el desarrollo de elementos de comunicación y campañas informativas orientadas a explicar mejor las políticas de la UE en los países de la zona Oriental, así como

informar y analizar las tendencias de desinformación, explicar y corregir las narrativas de desinformación, y crear conciencia sobre la desinformación proveniente del estado ruso, el idioma ruso y los medios de comunicación locales del este (EEAS, 2018).

Continuando el avance en este ámbito, en mayo de 2016 el Alto Representante generaba el «Marco Conjunto para Contrarrestar las Amenazas Híbridas», que incluía una serie de medidas necesarias para la mejora en el plano de la desinformación:

> - Creación de una Célula de Fusión contra la Amenaza Híbrida de la UE dentro de la estructura existente del Centro de Situación e Inteligencia (INTCENT) de la UE, capaz de recibir y analizar información de fuentes abiertas y clasificadas sobre amenazas híbridas. Así mismo se instaba a los países a generar dentro de sus estructuras de información una célula en el mismo dominio para garantizar la cooperación y la comunicación segura con la célula de la UE.
>
> - Buscar formas de coordinación entre la UE y los Estados miembros para mejorar la comunicación estratégica y hacerla más proactiva, y optimizar la monitorización de los medios.
>
> - Conveniencia del establecimiento en los Estados miembros de un Centro de Excelencia (COE) contra la Amenaza Híbrida, centrado en investigar las estrategias híbridas, y que podría alentar el desarrollo de nuevos conceptos y tecnologías dentro del sector privado y la industria, para ayudar a los Estados miembros a desarrollar su resiliencia. Estos centros formarían una red que permitiría coordinar esfuerzos y políticas dentro de la UE y la OTAN (UNIÓN EUROPEA, 2016).

Como consecuencia del desarrollo de este marco se creaba en 2016 la Célula de Fusión contra las Amenazas Híbridas dentro del EEAS, incorporándose a la división de análisis del INTCEN, que, junto con el *EU Military Staff Intelligence Directorate* y en el marco de la Capacidad Única de Análisis de Inteligencia (SIAC), proporciona análisis y alerta temprana al EEAS, a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros. El principal propósito de esta célula es analizar, compartir e intercambiar información relativa a las amenazas híbridas y dentro de estas se encuentran las campañas de desinformación (EEAS, 2017).

En 2017 se creaba en Helsinki el Centro Europeo de Excelencia para la Lucha contras las Amenazas Híbridas (Hybrid COE), que, si bien no pertenece a la UE, sí que responde al llamamiento efectuado en el marco citado anteriormente y sirve como plataforma de colaboración entre los países miembros, la UE y la OTAN en la defensa contra las amenazas híbridas (HYBRID COE, 2019).

En enero de 2018, la Comisión Europea reunió un grupo de expertos de alto nivel[1] (*High Level Expert Group*, HLEG) para asesorar sobre las posibles iniciativas políticas capaces de contrarrestar las noticias falsas y su diseminación en línea. El principal entregable del HLEG fue un informe destinado a proponer las mejores prácticas ante este fenómeno (HLEG, 2018). El HLEG finalizó su análisis en marzo y advertía a la Comisión sobre el peligro de adoptar soluciones simplistas, señalando que cualquier forma de censura, ya fuera pública o privada, debía evitarse. Las medidas recomendadas se estructuraban en cuatro campos de actuación:

- Aumentar la transparencia del ecosistema digital online y promover la alfabetización mediática para contrarrestar la desinformación y ayudar a los usuarios a navegar en el entorno informativo.
- Desarrollar herramientas para capacitar a usuarios y periodistas y fomentar un compromiso positivo con la rápida evolución de las tecnologías de la información.
- Salvaguardar la diversidad y la sostenibilidad del ecosistema de los medios de comunicación europeos.
- Medir la efectividad de las respuestas a través del seguimiento continuo del impacto de la desinformación en Europa y el desarrollo de requerimientos de control e informes periódicos.

Dentro del primer campo de actuación se requieren acciones para incrementar la transparencia en lo que respecta a las fuentes de financiación, de forma que todos los medios digitales dejen patente quien es el propietario de la información que difunden, así como quien o quienes son los patrocinadores de esa información. Igualmente primordial es aumentar la transparencia de las fuentes de noticias online y el proceso periodístico, por medio del desarrollo de indicadores de transparencia[2] que permitan al lector evaluar de donde viene la información, el propietario y su adherencia a códigos profesionales de conducta y éticas editoriales.

---

[1] «The HLEG consisted of 39 members. Its members had different backgrounds, including academia and journalism, written press and broadcasting organizations, online platforms as well as civil society and fact-checking organizations. The HLEG's tasks were to advise the Commission on all issues arising in the context of false information spread across traditional and social media and on possible ways to cope with its social and political consequences» (HLEG, 2018).

[2] Aunque los indicadores no tienen que ver con la calidad de las noticias, sí que reflejarán un mejor proceso periodístico, que al final aumentará la sensación de calidad de las noticias y tenderá a que las empresas de publicidad sitúen sus anuncios en aquellas páginas de mayor calidad, disminuyendo la difusión de la desinformación que quedará relegada a páginas y plataformas residuales (HLEG, 2018, pág. 24).

Para que estos indicadores sean útiles será preciso su incorporación por parte de los buscadores de contenido en sus algoritmos de búsqueda, de forma que presenten precedentemente aquellas fuentes donde estén presentes estos indicadores.

En este mismo campo, también resulta oportuno incrementar la trasparencia y eficiencia de las prácticas de verificación de hechos por medio de la colaboración entre las organizaciones de verificación, de forma que se trasciendan las fronteras entre los Estados miembros y entre los sectores. La meta final debe ser la presencia de un mercado abierto y amplio de verificadores que evite la existencia de un monopolio de la verdad. Para que esta meta sea alcanzable sería deseable el apoyo a la creación de Centros Europeos Interdisciplinarios e Independientes de Verificación.

Para que la verificación resulte adecuada se debe mejorar el acceso a los datos de las plataformas por parte de los verificadores para permitir identificar los actores involucrados en la diseminación de desinformación y sus estrategias. Esta medida permitiría una mayor transparencia y la identificación de los actores fraudulentos, pudiendo evitar que las agencias publicitarias patrocinaran la desinformación. Como colofón a este segmento y con el objetivo de asegurar una verificación justa e independiente por parte de los verificadores de información, se puede adoptar como primera aproximación la adherencia al estándar, ya en funcionamiento, denominado «International Fact Checking Network (IFCN) Code of Principles»[3] al que se encuentran adheridos los verificadores más prestigiosos y que requiere un proceso de acreditación muy riguroso.

Con relación a la alfabetización mediática, quizás uno de los apartados más relevantes, se requieren acciones encaminadas a ajustar las políticas educativas para construir una sociedad resiliente donde predomine el pensamiento crítico ante la información y que habilite la defensa ante la desinformación. Por ello es necesario que dentro de los currículos de la educación en toda su extensión se incluya una

[3] «This code of principles is for organizations that regularly publish nonpartisan reports on the accuracy of statements by public figures, major institutions, and other widely circulated claims of interest to society. It is the result of consultations among fact-checkers around the world and offers conscientious practitioners principles to aspire to in their everyday work» (COMISIÓN EUROPEA, 2018c).

parcela dedicada a la alfabetización mediática y que esta faceta sea incluida en los informes PISA[4] para valorar su evolución.

Sin embargo, no solo es necesario abordar la alfabetización de los alumnos sino también de profesores y periodistas y para ello será preciso que los gobiernos incluyan en los currículos correspondientes módulos específicos de alfabetización mediática y verificación como parte integral de su formación. Y, por último, será necesario abordar los programas de alfabetización mediática para los ciudadanos de cualquier edad que permitan llegar a toda la población y donde será ineludible la colaboración de todos los actores involucrados en esta tarea, tanto gubernamentales, como no gubernamentales, pudiendo utilizar como modelos algunas de las herramientas que ya están funcionando para los jóvenes, como puede ser el Observatorio Audiovisual Europeo[5] o el grupo de trabajo ET2020[6].

Pasando a abordar el empoderamiento, será preciso el desarrollo de herramientas online que permitan a los usuarios decidir la información a utilizar en función de criterios de calidad y que la información mostrada esté escalada en función de esos mismos criterios, así como dotarlos de la oportunidad de elegir fuentes alternativas a una misma noticia. Otra faceta igualmente importante será el empoderamiento de periodistas, por medio de la provisión de herramientas automáticas de verificación de material audiovisual e informes de texto que les permitan trabajar de forma solvente para disminuir el riesgo de difusión de la desinformación y mantener de esta forma su credibilidad. A esta tarea podrá ayudar la creación de grupos de verificación interdisciplinares que puedan aportar sus servicios tanto a redes sociales como a otros medios de información.

[4] «The Programme for International Student Assessment (PISA) is a triennial international survey which aims to evaluate education systems worldwide by testing the skills and knowledge of 15-year-old students who are nearing the end of their compulsory education» (OECD, 2019).

[5] «The European Audiovisual Observatory is part of the Council of Europe in Strasbourg, France. It is a public service organisation. The Observatory was created in 1992 in order to collect and distribute information about the audiovisual industries in Europe. By making this information available, the Observatory aims at promoting greater transparency and a clearer understanding of the ways in which the audiovisual industries in Europe function, both from an economic and legal point of view» (EAO, 2019).

[6] «Educación y Formación 2020 (ET2020) es un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación […] El objetivo primordial del marco es seguir apoyando el desarrollo de los sistemas de educación y formación en los Estados miembros» (MINISTERIO DE EDUCACIÓN, 2018).

En el campo del proceso a seguir y su evaluación se hace indispensable el establecimiento de un marco de aplicación estructurado, a través de un código de prácticas europeo con una aproximación integral y de amplio consenso, que refleje las responsabilidades de todos los actores principales, especialmente las plataformas online, medios de comunicación, organizaciones de verificación e instituciones de investigación.

Continuando con los avances en el tema que nos ocupa, en el mes de abril de 2018, la Comisión planteó un «enfoque integral europeo para luchar contra la desinformación en los medios online», donde se incluía un código de buenas prácticas valido para toda la UE[7], en linea con lo aconsejado por el HLEG y donde se establecía la necesidad de proteger los procesos electorales contra la desinformación y potenciar la educación tanto a nivel básico como a nivel profesional en este ámbito, así como apoyar un periodismo de calidad y fortalecer las comunicaciones estratégicas (COMISIÓN EUROPEA, 2018a).

En septiembre de 2018, la Comisión expuso un conjunto de medidas necesarias para asegurar que las elecciones europeas se desarrollaran de forma democrática, incluyendo una mayor transparencia de la publicidad política online y la posibilidad de imponer sanciones por el uso ilegal de datos personales para influir deliberadamente en el resultado de las elecciones (COMISIÓN EUROPEA, 2018b).

El 5 de diciembre de 2018 la UE presentó un plan de acción que contempla medidas adicionales para contrarrestar la desinformación y que pone el foco en la exigencia de una gran determinación política y una unidad de acción para poner en funcionamiento todos los estamentos de gobierno que formen parte de la solución (COMISIÓN EUROPEA, 2018d). La base de las acciones a desarrollar dentro este plan se establece sobre cuatro pilares fundamentales:

[7] Este código recoge el compromiso de los signatarios en el análisis del posicionamiento de anuncios, la publicidad política y sobre aspectos concretos, la integridad de los servicios, el empoderamiento de los consumidores y por último el empoderamiento de la comunidad investigadora. Este código ha sido suscrito por las principales plataformas online; Google, Facebook, Twitter, Mozilla y más recientemente Microsoft. En el sector publicitario se han adherido las siguientes asociaciones: Federación Mundial de Anunciantes, Asociación Europea de Agencias de Comunicación y Agencia Europea de Publicidad Interactiva (COMISIÓN EUROPEA, 2018c).

- **Mejorar las capacidades de las instituciones** de la Unión Europea para detectar, analizar y contrarrestar la desinformación, potenciando la *EEAS East Stratcom Task Force*, las delegaciones de la unión en los países vecinos, y la *EU Hybrid Fusion Cell*.

- **Reforzar una respuesta conjunta** y coordinada contra la desinformación, por medio del establecimiento, en cooperación con los Estados miembros, de un **sistema de alerta para hacer frente a las campañas de desinformación.**

- **Movilizar el sector privado** para luchar contra la desinformación. Las acciones en este campo están dirigidas a permitir a la Comisión una monitorización continua de la aplicación del código de buenas prácticas, para lo cual se apoyará en el *European Regulators Group for Audio-visual Media Services*[8] que debe generar informes periódicos de las medidas adoptadas.

- **Elevar la concienciación y la resiliencia de la sociedad**. Este es un elemento esencial y para su consecución se llevarán a cabo campañas de concienciación para el público en general y sesiones de aprendizaje para los medios de comunicación y sus componentes, se apoyará la creación de equipos de verificadores de contenido independientes, multidisciplinarios, con conocimiento específico de los entornos locales de información, para detectar y sacar a la luz campañas de desinformación en diferentes redes sociales y medios digitales y anualmente se llevarán a cabo unas jornadas de Alfabetización Mediática para fomentar la cooperación. Por último, se insta a los Estados miembros a implementar rápidamente las disposiciones de la Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales (AVMSD), en lo que atañe a la alfabetización mediática[9].

Poco después del lanzamiento del plan anterior se conocía la puesta en marcha de FactCheckEU, un proyecto de colaboración entre los firmantes europeos del código de principios de la Red Internacional de Verificación de Información (IFCN) de cara a la verificación durante las elecciones europeas de

[8] «The European Regulators Group for Audiovisual Media Services brings together heads or high-level representatives of national independent regulatory bodies in the field of audiovisual services, to advise the Commission on the implementation of the EU's Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)» (ERGA, 2018)

[9] «Artículo 33 bis 1. Los Estados miembros promoverán y tomarán medidas para el desarrollo de las capacidades de alfabetización mediática» (PARLAMENTO EUROPEO, 2018, pág. 91).

2019. El proyecto, que contó con 19 medios europeos de 13 países diferentes, se presentaba como un recurso, pero también como una iniciativa para mantener la estabilidad democrática dentro de la Unión Europea, aunque su trabajo solo se desarrolló entre marzo y mayo de 2019.

En octubre de 2019 se publicaban los primeros informes anuales de autoevaluación de Facebook, Google, Microsoft, Mozilla, Twitter y siete asociaciones comerciales europeas con arreglo al código de buenas prácticas en materia de desinformación, donde se recogían los progresos efectuados por los signatarios del código en la lucha contra la desinformación online (COMISIÓN EUROPEA, 2019).

En marzo de 2020 se publicó el Eurobarometro Especial 503 sobre «El efecto de la digitalización en nuestra vida diaria», que incluye un apartado sobre las noticias falsas y la desinformación, en base a 26.475 encuestas realizadas en los países de la UE, de las cuales 1.014 se efectuaron en España (COMISIÓN EUROPEA, 2020a).

El 1 de junio de 2020, el Observatorio Europeo de Medios Digitales (EDMO) iniciaba su andadura. Un proyecto financiado por la Unión Europea que reúne a verificadores de datos, expertos en alfabetización mediática e investigadores para entender y analizar la desinformación, en colaboración con medios de comunicación, plataformas en línea y profesionales de la alfabetización mediática (EDMO, 2020).

El 18 de junio el Parlamento Europeo aprobaba el establecimiento de una comisión especial sobre interferencia extranjera en todos los procesos democráticos en la UE, incluida la desinformación, cuyo objetivo es identificar potenciales medidas en el ámbito de las redes sociales, una estrategia coordinada frente a las amenazas híbridas y contrarrestar las campañas de comunicación que desde terceros países buscan socavar la UE (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

En septiembre se publicaba la evaluación del código de buenas prácticas por parte de la Comisión Europea, en base a dos informes, el primero remitido por el ERGA como responsable de la monitorización de este código y el segundo llevado a cabo por la consultora externa Valdani, Vicari, and Associates contratada para el análisis independiente del código de buenas prácticas. En este informe se reflejan los logros y deficiencias del código y su margen de mejora (COMISIÓN EUROPEA, 2020b).

El 2 de diciembre salía a la luz el «Plan de Acción para la Democracia Europea», que surgía en parte a raíz de los estudios de la comisión especial contra la desinformación y que tiene como objetivo el empoderamiento de los ciudadanos y la construcción de sociedades democráticas más resilientes en el seno de la Unión Europea. Este plan de acción basa su actuación en tres pilares fundamentales; promover elecciones libres y justas, reforzar la libertad de los medios de comunicación y la lucha contra la desinformación (COMISIÓN EUROPEA, 2020d).

2. Análisis de resultados

Como se ha podido comprobar muchas han sido las recomendaciones que han emanado de la UE y algunas las medidas adoptadas, pero su aplicación y resultados han sido dispares, debido principalmente a la cantidad de actores involucrados. En este apartado analizaremos como se han comportado estas medidas para frenar la desinformación, intentando focalizarnos en su impacto en la realidad española.

Para comenzar, a pesar de los esfuerzos realizados por la UE y en base a los resultados obtenidos de la encuesta del Eurobarometro especial 503 realizada en el mes de diciembre de 2019, podemos constatar que la exposición de los españoles a la desinformación continúa siendo alta, con más de un 45% de los encuestados que asegura recibir a diario informaciones que distorsionan la realidad o que son falsas, frente a un 27% en el entorno global de la UE (COMISIÓN EUROPEA, 2020a).

Una de las primeras advertencias que hacia el informe del HLEG era la necesidad de no abordar la lucha contra la desinformación por medio de la censura. En los meses de estado de alarma provocados por la pandemia de la COVID-19 hemos podido comprobar como la simple insinuación por parte del ejecutivo español de la «monitorización de las redes sociales» para buscar acciones de desinformación, así como unas declaraciones controvertidas del Jefe del Estado Mayor de la Guardia Civil desataron todo un aluvión de críticas en defensa de la libertad de expresión, que elevó el conflicto y la polarización en las redes sociales[10].

[10] En la ilustración 3 podemos apreciar como las búsquedas web en España relacionadas con el término «censura» llegaron a ser *Trendic Topic* entre el 11 y el 19 de abril,

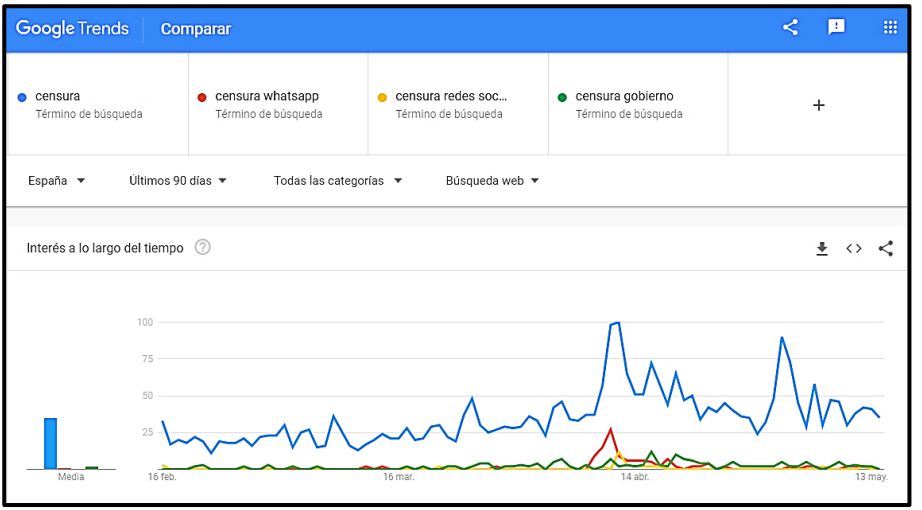


Ilustración 1. Grado de popularidad de las búsquedas relacionadas con «censura» en España. Gráfico obtenido de Google Trends.

Abordando los resultados del código de buenas prácticas a partir del primer informe anual publicado a finales del mes de octubre de 2019 podríamos aseverar que, aunque los signatarios han avanzado en sus requerimientos, los avances han sido inferiores a los esperados y se considera necesario la adopción de una postura más proactiva. En este sentido los comisarios de Justicia, de Seguridad y de Economía y Sociedad Digitales de la UE destacaban lo siguiente:

> […] elogiamos el compromiso de las plataformas en línea por hacer más transparentes sus políticas y por establecer una cooperación más estrecha con los investigadores, los verificadores de datos y los Estados miembros. No obstante, el grado de progreso varía mucho entre signatarios y los informes ofrecen poca información sobre el impacto real de las medidas autorreguladoras adoptadas a lo largo del pasado año, así como sobre los mecanismos para un análisis independiente. […] Persisten la propaganda y la desinformación automatizadas a gran escala y es preciso seguir trabajando en todos los ámbitos contemplados en el Código. […] Si bien los esfuerzos de las plataformas en línea y los verificadores de datos pueden reducir la viralidad nociva a través de los servicios de las plataformas, sigue siendo urgente que estas establezcan una cooperación constructiva con una muestra más amplia de organizaciones fiables e independientes (COMISIÓN EUROPEA, 2019b).

coincidiendo con declaraciones del Ministro de Interior y el Jefe del Estado Mayor de la Guardia Civil.

Los resultados extraídos por los responsables de la propia UE se pueden extractar en los siguientes puntos:

- Existe una mayor transparencia de los signatarios a la hora de aplicar el código.
- Las medidas adoptadas para empoderar a los usuarios y a los investigadores se muestran insuficientes.
- El alcance de las medidas adoptadas y su aplicación varia significativamente entre las plataformas.
- El detalle de los informes es muy variable entre plataformas y si bien se dan datos concretos de la aplicación de las políticas, no existen datos de su repercusión en los efectos deseados.

Profundizando un poco más en este análisis y con apoyo del informe «EU Code of Practice on Disinformation: Briefing Note for the New European Commission» realizado por el *Think Tank* Carniege en marzo de 2020 (PAMMENT, 2020) se puede resaltar el avance de los signatarios del código en áreas como la identificación y archivado de publicidad política, donde tanto Facebook, Google, como Twitter han generado espacios dedicados donde se almacenan los anuncios publicados, así como el gasto en publicidad política y su financiación.

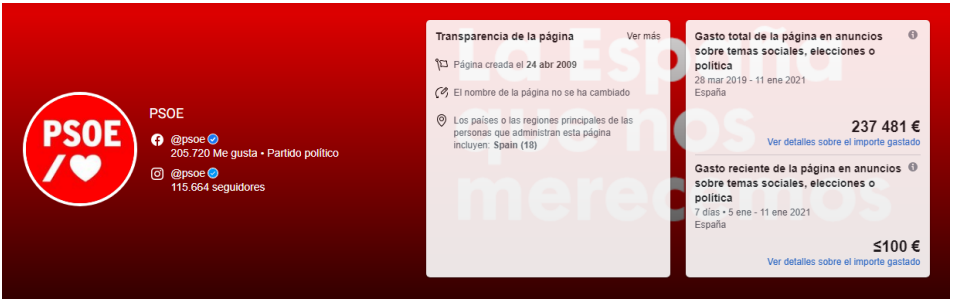


Ilustración 2. Ejemplo de informe extraído de la biblioteca de anuncios de Facebook (FACEBOOK, 2021).

También se ha avanzado en el acceso a los datos suprimidos, permitiendo tanto Twitter como Facebook el acceso a estos datos por parte de terceros para su investigación.

Otro de los campos donde se ha evolucionado, aunque en menor medida, es la identificación y el etiquetado de la desinformación, en este sentido los verificadores independientes han sido la opción de plataformas como Facebook para soslayar la necesidad de erigirse en garantes de la verdad, rol que pocos están dispuestos a asumir. Facebook, se apoya en agencias de verificación que forman parte de la *Internacional Fact Checking Network*, asociación que, en principio, es avalista de la imparcialidad y rigurosidad de sus socios. Para que este sistema funcione, tal y como aconseja el HLEG en su informe, el número de agencias de verificación existentes en un país y adheridas a esta red debe ser numeroso, cosa que no ocurre en España, donde solo tres forman parte de esta red, Newtral, Maldita.es y en el mes de marzo consiguió la acreditación EFE Verificación. De estas tres solo las dos primeras trabajaban para Facebook y el 28 de mayo de 2020 se unió EFE Verificación.

Este duopolio de la verdad ha provocado grandes tensiones durante los meses más álgidos de la pandemia, en un momento donde las críticas por la gestión del gobierno de la crisis se multiplicaban y donde el porcentaje de desmentidos que «aparentemente» favorecen al gobierno y sus socios parecen superar a los desmentidos que les perjudican[11].

Por otro lado, los desmentidos en algunos casos carecen de la rigurosidad que se les supone, basándose en investigaciones superficiales a través de las declaraciones de los propios interesados en las noticias expuestas o siendo desmentidas únicamente por la descontextualización de las imágenes sin atender a la realidad que subyace a las noticias. Un ejemplo de este último caso lo podemos apreciar en el siguiente desmentido:

[11] A partir del análisis de 621 desmentidos publicados por el verificador Maldita.es en su sección Maldito Bulo desde el 1 de marzo al 20 de mayo de 2020.



Ilustración 3. Desmentido extraído de la página web de Maldita.es (MALDITA.ES, 2020)

En él se desmienten dos informaciones de llegada de inmigrantes a las costas españolas porque en ellas se utilizan imágenes descontextualizadas, sin tener en cuenta que en esas fechas (agosto de 2020) llegaban a las costas españolas una media superior a 500 inmigrantes ilegales al día.

Esta situación ha puesto en entredicho la credibilidad e imparcialidad de estas agencias de verificación que si bien pueden actuar siguiendo los criterios de rigurosidad que les demanda su pertenecía a la IFCN, tienen libertad para acometer la investigación de una u otra noticia (ya que sería imposible abordarlas todas) bajo criterios que, si bien se encuentran recogidos en su metodología, resultan poco transparentes para los usuarios.

Otros ejemplos del avance en la verificación lo podemos encontrar en el «Fact check explorer» desarrollado por Google y que permite enlazar las búsquedas con los artículos publicados por distintos verificadores según el idioma y el país, adoleciendo en el caso de España del mismo problema anterior, la falta de pluralidad de verificadores, aunque en este caso a los tres existentes se une la agencia de noticias AFP en español.

Uno de los aspectos en los que los signatarios han puesto mayor empeño (dinero) es el apoyo a la alfabetización mediática en dos direcciones, por un lado, enfocada en el periodismo de calidad por medio de programas como el «Facebook's Journalism Project» o el «Google News Initiative» y por otro en la

ciudadanía en general con iniciativas como la liderada por Fondazione Mondo Digitale o «Educational» de Naciones Unidas, sin embargo, estas iniciativas resultan residuales si tenemos en cuenta el limitado alcance de las mismas.

En cuanto a las mejoras propuestas, cabría destacar que el primer paso necesario es clarificar los términos que se usan en este ámbito, ya que su homogeneidad es imprescindible para que las medidas adoptadas vayan en la misma dirección, así mientras la UE utiliza el término desinformación, Facebook habla de «coordinated inauthentic behavior», Google «influence operations» y «misrepresentation» y Twitter utiliza términos como «malicious automation, inauthentic activities, and information operations». Este uso no es causal y tiende a amoldar los requerimientos de la UE a las políticas seguidas por las distintas plataformas para la eliminación y etiquetado de contenido.

Por otro lado, los datos aportados por las plataformas carecen del detalle necesario para que se pueda valorar realmente el esfuerzo realizado dentro de lo exigido por la UE y más allá de las actuaciones llevadas a cabo bajo la política de funcionamiento que dicta cada una de las plataformas.

Otra de las lagunas que dejan los informes recibidos es la falta de estudios sobre el impacto de las medidas adoptadas en el efecto deseado de frenar la desinformación online. Este hecho no permite precisar el sentido en que se deben orientar los nuevos esfuerzos e identificar aquellos que resultan poco útiles para el fin perseguido.

A la vista de los resultados, la Comisión Europea considera que se puede hacer más y así lo expresaba el comisario europeo de Mercado Interior, Thierry Breton, en una videoconferencia con el fundador y consejero delegado de Facebook, Mark Zuckerberg, el pasado 18 de mayo, donde afirmaba:

> Las plataformas están jugando un enorme papel hoy y lo harán mañana, y si quieren seguir jugándolo, tienen que aprender cómo discutir y cooperar con nosotros […] Nunca haremos lo suficiente contra la desinformación […] si no se obtienen progresos suficientes, habrá que regular (EFE, 2020).

En el plano de la alfabetización mediática, España ha hecho caso omiso de las recomendaciones en lo que respecta a la educación reglada, no efectuando ningún cambio que permita avanzar en este aspecto para generar una sociedad con capacidad crítica y solvente a la hora de abordar la desinformación. Si que se han hecho tímidos avances en el campo de la concienciación, mediante campañas de pequeña difusión que dan las pautas básicas para abordar la información que nos llega desde las redes sociales, como pueden ser la campaña del Ministerio del

Interior (MINISTERIO DEL INTERIOR, 2020) o del CCN CERT (CCN-CERT, 2019).

En lo que respecta al empoderamiento de usuarios y periodistas, aunque se ha avanzado algo más, las herramientas incorporadas no parecen de gran utilidad para el usuario de a pie, pongamos como ejemplo la extensión para navegadores desarrollada por Maldita.es que al instalarla y visitar una página de noticias nos permite conocer el número de noticias que han sido desmentidas en ese medio. En principio la idea es buena para que el usuario pueda hacerse una idea de aquellos medios que publican información más rigurosa, sin embargo, se dan situaciones paradójicas que disminuyen la credibilidad de estos verificadores. Por ejemplo, si entramos en las páginas de los diarios el Mundo y el País, los dos únicos periódicos españoles que se encuentran adheridos al proyecto «The Trust Project» (que implica el seguimiento de ocho indicadores de confianza, que aseguran una información rigurosa y plural), nos encontramos que en el periódico El Mundo se han desmentido 6 noticias, mientras que en el periódico El País no se ha desmentido ninguna. Esta circunstancia de forma aislada podría darnos a entender que el periódico El País es más riguroso que El Mundo, pero nos falta una información fundamental, ¿cuántas noticias se han verificado de cada uno de los medios?, información a la que es difícil acceder. Por otro lado, si hacemos una revisión de las noticias desmentidas en medios clasificados por la web PrensaDigital.com como de derechas o izquierdas obtenemos la siguiente distribución:

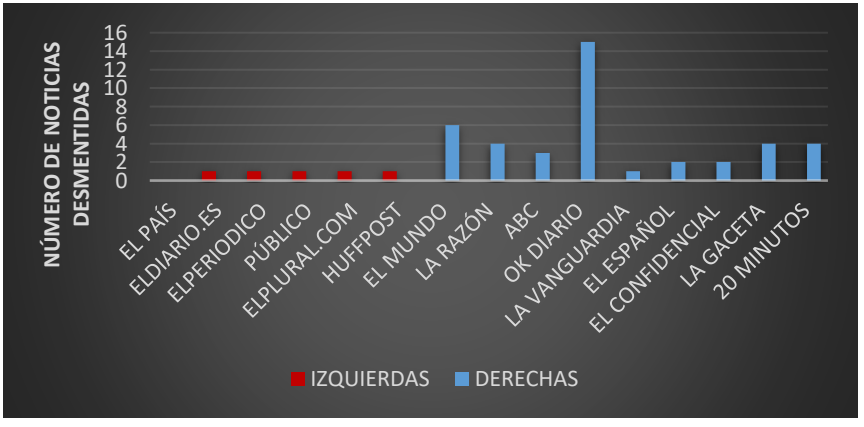


Ilustración 4. Número de noticias desmentidas por el verificador Maldita.es en periódicos digitales de España. Elaboración propia a partir de información obtenida a través de la extensión de Maldita.es para Google Chrome.

Gráfica que nos lleva de forma inexorable a preguntarnos si los medios clasificados como de «izquierdas» son más confiables que los de «derechas» o por el contrario la balanza en la verificación se encuentra desequilibrada, «duda razonable» que supone un desafío a la utilidad de esta herramienta.

En el caso de las herramientas desarrolladas para empoderar a periodistas, han tenido un gran avance en estos últimos años, sobre todo aquellas dirigidas a desenmascarar las informaciones en formato imagen o video, las *deepfakes*[12] y las informaciones descontextualizadas. Como ejemplos de estas herramientas podemos citar RevEye, para la búsqueda inversa de imágenes e InVID para el estudio de videos, que facilitan la tarea de los periodistas a la hora de utilizar videos o imágenes procedentes de las redes sociales.

En lo que respecta a la mejora de las capacidades de las instituciones de la UE para detectar, analizar y contrarrestar la desinformación y más en concreto, en el aporte de personal a los centros de excelencia en materia de desinformación y guerra hibrida, España solo participa en el *Hybrid COE* de Finlandia, pero no aporta ningún experto al *EEAS East Stratcom Team*.

Atendiendo a la necesidad de reforzar una respuesta conjunta y coordinada contra la desinformación, en marzo del 2019 se puso en marcha un sistema de alerta entre la UE y sus Estados miembros con vistas a alertar de las posibles campañas de desinformación que se pudieran cernir sobre la UE o sus miembros y sobre todo para proteger las elecciones europeas frente a este fenómeno. A este respecto, España estableció en ese momento como punto único de contacto en este ámbito ante la UE la Secretaria de Estado de Comunicación, que también ejerce de responsable nacional en esta parcela.

Por otro lado, en el Consejo de Seguridad Nacional convocado por el presidente del Gobierno el 15 de marzo de 2019 se aprobó el «Procedimiento de actuación contra la desinformación», que incluye algunas de las medidas requeridas por la UE en el «Plan de Acción contra la desinformación» anteriormente citado (DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL, 2019). Dentro de estas medidas se encuentra la creación de una Comisión Permanente Interministerial contra la Desinformación coordinada por la Secretaría de Estado de Comunicación y de la que forman parte Presidencia del Gobierno (Departamento de Seguridad

[12] La palabra *deepfake* alude a los sistemas informáticos que permiten, mediante técnicas de inteligencia artificial, desarrollar vídeos manipulados extremadamente realistas (FUNDÉU BBVA, 2019)

Nacional y la Dirección de Análisis y Estudios), y los ministerios de Defensa (CNI), Interior (CNPIC), Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (Dirección de Comunicación e Información Diplomática) y Economía y Empresa (Secretaría de Estado para el Avance Digital) y cuyo trabajo se centra en aquellas campañas de desinformación encaminadas a desacreditar España y a las orientadas a los procesos electorales.

Si bien la estructura esta creada, poco se ha sabido acerca de su trabajo y sus resultados, en momentos como el de la pandemia, donde la seguridad de los ciudadanos se veía amenazada por la desinformación. Muestra de esta ausencia la podemos apreciar en el hecho de que en el Consejo de Seguridad Nacional del 6 de octubre de 2020 se aprobaba «otro» «Procedimiento de actuación contra la desinformación» que posteriormente se publicaba en el BOE el día 30 de octubre, en el cual se definían los niveles de actuación y los organismos involucrados en este procedimiento (MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, 2020)

Este procedimiento ha suscitado una gran alarma, principalmente por el temor a una limitación de la libertad de expresión al ser los órganos de mayor peso involucrados en el funcionamiento del procedimiento dependientes de una u otra forma del gobierno, lo que genera una vez mas una duda razonable sobre su independencia e imparcialidad.

La UE a partir de los estudios llevados a cabo por la comisión especial de investigación sobre la desinformación parece haber extraído lecciones aprendidas sobre las herramientas utilizadas hasta ahora en la lucha contra la desinformación generando el «Plan de Acción para la Democracia Europea» donde uno de los pilares es la lucha contra la desinformación. Esta iniciativa según palabras de la Vicepresidenta Vera Jourova (COMISIÓN EUROPEA, 2020e), es un proyecto continuista que trata de mejorar el código de buenas prácticas, protegiendo la libertad de expresión, pero adoptando una «especie» de co-regulación que permita adoptar medidas coercitivas, en base a la futura Ley de Servicios Digitales (pendiente de aprobación), sobre las faltas de seguimiento del código anterior.

Este plan de acción también pone el énfasis en la educación y la alfabetización mediática como soluciones a largo plazo a la influencia de la desinformación en la ciudadanía, siendo necesario que los Estados miembros implementen de forma profunda reformas en linea con la reciente «Estrategia Europea de Educación» (COMISIÓN EUROPEA, 2020c).

CONCLUSIÓN

Como hemos podido comprobar en los puntos precedentes, son muchas las recomendaciones y algunas las acciones puestas en práctica por la UE para la lucha contra la desinformación, pero el éxito subyace en su aplicación efectiva por parte de los Estados miembros y los diversos actores involucrados. Su acometida tibia o inobservancia nos expone a situaciones intermedias que no producen los efectos deseados y que ponen en peligro la propia credibilidad de las medidas y de la propia UE en este ámbito.

La UE, siguiendo las recomendaciones del informe del HLEG, ha basado sus actuaciones en el código de buenas prácticas, una autorregulación que deja en manos de sus firmantes y su predisposición la consecución de las condiciones decisivas para lograr la victoria contra la desinformación. Sin embargo, son muchos los condicionantes de todo tipo, económicos, políticos, etc. que impiden el avance en este sentido más allá de lo conseguido y la UE no cuenta en estos momentos con ninguna herramienta coercitiva con la que hacer presión, encontrándose en manos de la buena voluntad de plataformas como Google, Facebook, Twitter etc., que avanzan de forma limitada únicamente por miedo a ser consideradas legalmente como editoras de contenidos y no como meras intermediarias, en cuyo caso su responsabilidad en la difusión de contenidos indeseables sería mucho mayor y estarían a expensas de las regulaciones nacionales.

El «Plan de Acción para la Democracia Europea» constituye un avance para solventar las carencias de las herramientas actuales, pero habrá que esperar a la aprobación de la Ley de Servicios Digitales que servirá como marco legal a las actuaciones de supervisión del código de buenas prácticas y la adopción de medidas subsiguientes, para comprobar su efectividad real.

Otra de las herramientas fundamentales para la UE la constituye la verificación a través de verificadores independientes. Este ámbito no se ha desarrollado de forma homogénea en todos los países y tampoco se ha demostrado todo lo eficaz que debería ser, debido principalmente a la carencia del elemento básico que debe subyacer a la verificación, que no es otro que la imparcialidad y rigurosidad, que ha provocado una gran limitación en su alcance y difusión.

En cuanto a la alfabetización mediática, si bien tanto la UE como los Estados miembros la establecen como primordial para combatir la desinformación, los avances en este ámbito han sido meramente testimoniales, al menos en España

y no se han dado los pasos necesarios para construir una sociedad verdaderamente resiliente ante la desinformación.

Con la adopción del «Plan de Acción para la Democracia Europea» se pretende dar una mayor importancia a la educación y la alfabetización mediática como herramientas imprescindibles a la hora de abordar la defensa ante la desinformación, sin embargo, será necesario que los Estados miembros adopten las reformas necesarias para que el avance en este ámbito sea una realidad y no quede en meras buenas intenciones como ha sucedido hasta ahora.

REFERENCIAS

CCN-CERT. *Desinformación en el ciberespacio.* Madrid, 2019. Disponible en https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-de-buenas-practicas-bp/3549-ccn-cert-bp-13-desinformacion-en-el-ciberespacio/file.html

COMISIÓN EUROPEA. *The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news.* Sevilla, 2018a. Disponible en https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/digital-transforma

COMISIÓN EUROPEA. *Estado de la Unión 2018: La Comisión Europea propone medidas para garantizar unas elecciones europeas libres y justas.* Bruselas, 208b. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5681_es.htm

COMISIÓN EUROPEA. *Code of Practice on Disinformation.* Bruselas: CE, 2018c. Disponible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation

COMISIÓN EUROPEA. *Action Plan against Disinformation.* Bruselas: Comisión Europea, 2018d. Disponible en https://cdn1-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/lpM1X9RnuE28GrR78F7yFA0HtKjii4TzKMvXoSg5Bn0/mtime:1544008849/sites/eeas/files/action_plan_against_disinformation.pdf

COMISIÓN EUROPEA. *El código de buenas prácticas contra la desinformación cumple un año: las plataformas en línea presentan informes de autoevaluación.* Bruselas, 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/STATEMENT_19_6166

COMISIÓN EUROPEA. *Public Opinion. Attitudes towards the impact of digitalisation on daily lives.* Bruselas, 2020a. Disponible en: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2228

COMISIÓN EUROPEA. *Assessment of the Code of Practice on Disinformation – Achievements and areas for further improvement*. Bruselas, 2020b. Disponible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/assessment-code-practice-disinformation-achievements-and-areas-further-improvement

COMISIÓN EUROPEA. *Achieving a European Education Area by 2025 and resetting education and training for the digital age*. Bruselas, 2020c. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1743

COMISIÓN EUROPEA. *Plan de Acción para la Democracia Europea*. Bruselas, 2020d. Disponible en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan_es

COMISIÓN EUROPEA. *European Democracy Action Plan: Remarks by Vice-President Vera Jourová*. Bruselas, 2020e. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_2308

CONSEJO EUROPEO. *European Council meeting (19 and 20 March 2015) – Conclusions*. Bruselas, 2015. Disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/21888/european-council-conclusions-19-20-march-2015-en.pdf

DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL. *Consejo de Seguridad Nacional*. Madrid: DSN, 2019. Disponible en https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/consejo-seguridad-nacional-15032019

EAO. *About us. European Audiovisual Observatory*. 2019. Disponible en https://www.obs.coe.int/en/web/observatoire/about

EDMO. *European Digital Media Observatory*. 2020. Disponible en https://edmo.eu/

EEAS. *European External Action Service. Speech by the High Representative / Vice-President Federica Mogherini at the conference "Hybrid threats and the EU: State of play and future progress"*. Bruselas, 2017. Disponible en de: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/33141/speech-high-representative-vice-president-federica-mogherini-conference-hybrid-threats-and-eu_en

EEAS. *EEAS Strategic Communications. Questions and Answers about the East StratCom Task Force*. 2018. Disponible en https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/2116/

EFE. La CE pide a Facebook adaptarse a valores de la UE y controlar desinformación. *eldiario.es*, 18 de mayo de 2020. Disponible en https://www.eldiario.es/tecnologia/CE-Facebook-adaptarse-UE-desinformacion_0_1028548220.html

ERGA. *European Regulators Group for Audiovisual Media Services. About Us.* 2018. Disponible en: http://erga-online.eu/?page_id=7

FACEBOOK. *Biblioteca de anuncios. PSOE.* 2021. Disponible en https://www.facebook.com/ads/library/?active_status=all&ad_type=political_and_issue_ads&country=ES&view_all_page_id=189318235003

FUNDACIÓN IO.Muertes porintoxicación relacionadas con alcohol adulterado como uso frente al COVID-19 en Irán. 26 de marzo de 2020. Disponible en https://fundacionio.com/2020/03/26/muertes-por-intoxicaciones-relacionadas-con-alcohol-adulterado-como-uso-frente-a-covid-19-en-iran/

FUNDÉU BBVA. *Deepfake*. 2019. Disponible en https://www.fundeu.es/recomendacion/ultrafalso-alternativa-a-deep-fake/

HLEG. *A multi-dimensional approach to disinformation.* Bruselas: CE, 2018. ISBN 978-92-79-80420-5. Disponible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation

HYBRID COE. *HYBRID COE. What is hybrid COE?.* 2019. Disponible en https://www.hybridcoe.fi/what-is-hybridcoe/

MALDITA.ES. *No, ninguna de estas cuatro fotos son de inmigrantes llegando a España en el verano de 2020: son imágenes viejas que se están haciendo pasar por actuales.* 2020. Disponible en https://maldita.es/malditobulo/20200813/cuatro-fotos-inmigrantes-llegando-espana-ahora/

MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *Marco estratégico Educación y Formación 2020 (ET2020).* 2018. Disponible en http://www.educacionyfp.gob.es/educacion/mc/redie-eurydice/prioridades-europeas/et2020.html

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. *Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.* BOE, Madrid, 2020. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13663

MINISTERIO DEL INTERIOR. *La Policía Nacional presenta la primera guía para evitar ser manipulados por las fake news.* Madrid, 2020. Disponible en

http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11676535

OECD. *What is PISA?*. 2019. Disponible en http://www.oecd.org/pisa/aboutpisa/

PAMMENT, J. *EU Code of Practice on Disinformation: Briefing Note for the New European Commision*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2020. Disponible en https://carnegieendowment.org/2020/03/03/eu-code-of-practice-on-disinformation-briefing-note-for-new-european-commission-pub-81187

PARLAMENTO EUROPEO. *Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo y del consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros*. Bruselas: PE, 2018. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808&qid=1549387931728&=en

PARLAMENTO EUROPEO. *Tres comisiones especiales, subcomisión sobre fiscalidad y otra de investigación*. Bruselas, 2020. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20200615IPR81228/tres-comisiones-especiales-subcomision-sobre-fiscalidad-y-otra-de-investigacion

Sanchez, J. El uso de redes sociales en España aumenta un 55% en la pandemia de coronavirus. *ABC*, 2 de abril de 2020. Disponible en https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-redes-sociales-espana-aumenta-55-por-ciento-pandemia-coronavirus-202003241257_noticia.html

UN Department of Global Communications. *UN tackles 'infodemic' of misinformation and cybercrime in COVID-19 crisis*. 28 de marzo de 2020. Disponible en https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/un-tackling-%E2%80%98infodemic%E2%80%99-misinformation-and-cybercrime-covid-19

UNIÓN EUROPEA. *Joint Framework on countering hybrid threats a European Response*. Bruselas, 2016. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016JC0018&from=en

GT 16

Manifestaciones del Crimen Organizado en América Latina y la Unión Europea. Retos y amenazas a la seguridad

COORDINACIÓN:
Concepción Anguita Olmedo (UCM) y Alexander Fuccille (UNESP)

DESCRIPCIÓN: Las vulnerabilidades estructurales que sufren algunos países son explotadas por las organizaciones policriminales que se aprovechan para expandir sus negocios ilegales y socavar los derechos humanos. América Latina y Europa comparten riesgos y oportunidades, determinar las amenazas compartidas permitirá afrontar con mayores garantías de éxito los retos comunes. En este escenario de Ahaha,inseguridad, cabe preguntarse: ¿Cuáles son las manifestaciones del crimen organizado que más incidencia tienen en la sociedad? ¿Por qué? ¿Son suficientes los instrumentos utilizados actualmente para combatir el CO? ¿Cuáles son las políticas más eficaces para combatir el crimen organizado? ¿Qué vínculos existen entre América Latina y Europa en el ámbito criminal? En definitiva, este grupo de trabajo pretende abordar el fenómeno del crimen organizado en todas sus dimensiones, desde los efectos de la criminalidad en la sociedad hasta la planificación estratégica de políticas de seguridad, pasando por la necesaria colaboración entre cuerpos y fuerzas de seguridad para favorecer la cooperación regional e internacional. Para ello, las regiones de América Latina y Europa ocuparán un lugar destacado en los estudios, profundizando en sus características y en la búsqueda de modelos cooperativos que permitan a ambas regiones enfrentar las amenazas, cada vez menos convencionales, siempre desde una perspectiva multidisciplinar.

LA AGENCIA EUROPEA DE SEGURIDAD: Luchando contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos

Laura López Paz
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España
lalope12@ucm.es

Resúmen: La Comisión Europea adoptó un paquete de medidas para intensificar la lucha contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos para prevenir ataques terroristas mediante la tipificación como delito de los actos preparatorios de un ataque terrorista, el ayudar, ser cómplice, incitar o intentar actos terroristas. Asimismo, la Comisión Europea también adoptó un plan de acción para acabar con el tráfico ilícito de armas de fuego y explosivos en la Unión Europea con la finalidad de mejorar la detención, investigación e incautación de armas de fuego y precursores de explosivos destinados a fines terroristas y delictivos, enfatizando el acceso a las armas de fuego y explosivos, aumentando la cooperación operativa, mejorando el intercambio de información e intensificando la cooperación con terceros países. De esta manera, a lo largo del artículo, se explicará cómo el objetivo de la Unión Europea y América Latina es garantizar la seguridad internacional, por lo que se necesita la ayuda de la comunidad internacional para crear un clima de confianza que facilite la cooperación, el intercambio de información y la acción común.

Palabras clave: Unión Europea, Terrorismo, Armas

Abstract: The European Commission adopted a package of measures to intensify the fight against terrorism and the illegal trafficking of firearms and explosives to prevent terrorist attacks by criminalizing acts preparatory to a terrorist attack, helping, being an accomplice, inciting or attempting terrorist acts. In addition, the European Commission also adopted an action plan to end illicit trafficking in firearms and explosives in the European Union in order to improve the arrest, investigation and seizure of firearms and explosives precursors destined for terrorist purposes. and criminal offenses, emphasizing access to firearms and explosives, increasing operational cooperation, improving information exchange and intensifying cooperation with third countries. In this way, throughout the article, it will be explained how the objective of the European Union and Latin America is to guarantee international security, so the help of the international community is needed to create a climate of trust that facilitates cooperation, information exchange and common action.

Key Words: European Union, Security, Terrorism, Weapons

Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad se han producido multitud de ataques que ponían en riesgo la seguridad internacional en diferentes áreas geográficas que han conducido al estallido de guerras y enfrentamientos violentos diversos que han provocado consecuencias negativas a nivel social, político, económico y humanitario en los diferentes lugares en donde se produjeron.

De este modo, debido a las amplias evidencias que se nos presentan sobre diversos ataques terroristas o casos de tráfico ilegal de armas de fuego en la Unión Europea y América Latina, hacer una investigación sobre la Agencia Europea de Seguridad, así como, analizar las amenazas que sufre la Unión Europea y evaluar el impacto que tiene el terrorismo y el tráfico ilegal de armas en la Unión Europea, es clave tanto a nivel académico como humano.

Desde su origen, los seres humanos hemos estado siempre hablando y deseando la paz. Sin embargo, la historia de la humanidad es, en gran parte, la historia de una sucesión de guerras, conflictos y ataques. Es por ello que, analizar el rol que juega la Agencia Europea de Seguridad puede ayudar a revisar el tratamiento que se hace de esta desde la Unión Europea para prevenir ataques terroristas y evitar la creación, compra, uso y tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos.

En estos tiempos de conflictos, ofensivas y guerras, los análisis, ideas y propuestas del conjunto de las Agencias de Seguridad de la Unión Europea que se tratan en este trabajo están plenamente vigentes ya que nos indican diversos caminos para analizar el impacto que supone el terrorismo internacional y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos. No obstante, todas las contribuciones de este trabajo tienen que seguir estudiándose y desarrollándose desde todas las esferas de la sociedad y desde el ejercicio de cualquier profesión, ya que todavía queda mucho camino por recorrer y aún estamos empezando el recorrido.

La enfermedad de la violencia no ha sido ni controlada ni erradicada, pero, a pesar de ello, son multitud los seres humanos y las organizaciones que aspiran a un nuevo modelo de relaciones entre éstos y los pueblos, las sociedades y los actores, que no dependa de las imprevisibles coyunturas políticas y/o económicas sino del desarrollo de unas mentes educadas en el respeto a los demás, en la

aceptación de las diferencias de todo tipo y en el ejercicio de la solidaridad, la tolerancia entre las personas y el respeto por el prójimo.

Lamentablemente, los espantosos atentados de París, Niza, Barcelona o Londres han manifestado, una vez más, que Europa necesita intensificar su respuesta común al terrorismo favoreciendo la toma de medidas concretas en la lucha contra el terrorismo internacional y el tráfico ilegal de armas.

De esta manera, se están creando en el ámbito europeo las herramientas, las infraestructuras y el entorno necesario para que las autoridades de los Estados Miembros puedan colaborar con eficacia a la hora de afrontar este desafío común. Para que la Unión de Seguridad sea viable tiene que subsanar las diferencias operativas, apostar por la colaboración y por el diálogo entre las instituciones y los agentes europeos. De esta manera, se requerirá un cambio radical por parte de los Estados Miembros y de sus fuerzas de seguridad, en constante colaboración con las agencias de la Unión Europea.

Aunque los primeros responsables de la seguridad son los Estados Miembros, sin un enfoque europeo común no pueden abordarse eficazmente amenazas transnacionales como el terrorismo o el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos.

Las organizaciones criminales no conocen de fronteras, por lo que la Unión Europea y los cuerpos de seguridad de sus países miembros tienen que trabajar juntos para hacerles frente, pues, sin cooperación, no habrá protección. En este sentido, para que la Unión de Seguridad sea eficaz hay que subsanar las deficiencias operativas y apostar por la comunicación reforzada entre los Estados Miembros de la Unión Europea.

Justificación y relevancia

El terrorismo, el crimen organizado, el tráfico de drogas, animales y obras de arte, la corrupción, la ciberdelincuencia, la trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual, o, la introducción ilegal de armas, personas o productos, sigue siendo uno de los retos de la Unión Europea y América Latina. De esta manera, la lucha contra la delincuencia organizada necesita un elevado grado de cooperación internacional entre los Estados Miembros de la Unión Europea porque, ante la problemática que supone para la seguridad internacional el crimen organizado, la Unión Europea tiene que actuar de manera conjunta.

De esta manera, como los organismos criminales no conocen de límites, ni de fronteras, es la Unión Europea, junto a los cuerpos de seguridad de sus países miembros y las Agencias de la Unión Europea, las que tienen que colaborar conjuntamente para hacerles frente. En este sentido, la cooperación europea e internacional es una pieza fundamental para nuestra protección, de ahí, que su relevancia investigadora sea tan amplia.

Asimismo, las principales amenazas que sufre la Unión Europea son: el tráfico de personas, los ciberdelitos, los delitos financieros, el narcotráfico y las falsificaciones. Es por ello que, analizar los factores que provocan estas amenazas resulta de gran interés académico de cara a entender cuáles son los mayores riesgos que sufre la Unión Europea.

Hipótesis

En este sentido, una vez explicado la problemática que supone el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos para la sociedad internacional, América Latina y la Unión Europea, se desarrollará la hipótesis de esta contribución, que hace referencia al rol que cumple la Agenda Europea de Seguridad de cara a allanar el camino hacia una Unión Europea coordinada y eficaz frente a las amenazas a la seguridad internacional que sufre.

Objetivos

A. Examinar el rol de la Agencia Europea de Seguridad

B. Estudiar los Tratados Internacionales, como la Convención de Palermo, que pretenden luchar contra la Delincuencia Organizada Transnacional

C. Analizar las amenazas que sufre la Unión Europea

D. Revisar el papel que cumplen las agencias de la Unión Europea

E. Evaluar el impacto que tiene el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de la Unión Europea

Metodología

En este artículo se ha optado por utilizar una metodología descriptivo-analítica con la pretensión de alcanzar los objetivos planteados. Por un lado, como trabajo académico, el uso del método descriptivo es esencial para realizar una "exposición narrativa, numérica y/o gráfica, lo más detallada y exhaustiva posible de la realidad que se investiga". (Calduch, n.d, p. 24). Su objetivo es concebir el contexto en el cual se sitúa el fenómeno que estamos estudiando a través del estudio de la literatura sobre el tema. Por otro lado, el método analítico es clave para "realizar la distinción, conocimiento y clasificación de los distintos elementos esenciales que forman parte de la realidad y de las relaciones que mantienen entre sí", con la finalidad de encontrar las relaciones de causalidad que existen entre diferentes sucesos desde una perspectiva de conjunto. De este modo, se expondrá detalladamente todo lo que representa la realidad investigada a través de una exposición clara de sus principales elementos para lograr una mejor comprensión del tema investigado. Es por ello que el método analítico, nos sirve para poder encontrar sus vínculos o señalar la ausencia de los mismos, es decir, partir «del conocimiento general de una realidad para realizar la distinción, conocimiento y clasificación de los distintos elementos esenciales que forman parte de ella y de las relaciones que mantienen entre sí». (Calduch, n.d, p. 25).

A su vez, la metodología de esta investigación consiste en llevar a cabo una revisión bibliográfica de publicaciones académicas (libros y artículos de revistas científicas) y los documentos oficiales más relevantes de cara al desarrollo de la base teórica del trabajo, para así, analizar críticamente las diferentes contribuciones sobre el rol de la Agencia Europea de Seguridad, los Tratados Internacionales que pretenden luchar contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el impacto que supone el terrorismo internacional y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos.

Del mismo modo, el objetivo principal de esta revisión bibliográfica es realizar una investigación documental, es decir, recopilar información ya existente sobre un tema o problema, en este caso, la Agencia Europea de Seguridad y su lucha contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos. De esta manera, con la revisión bibliográfica, se pretende investigar los aspectos mencionados anteriormente.

Entre los objetivos principales que con la revisión bibliográfica se pretende hacer está el conocer el estado actual del tema, averiguando qué se sabe y qué aspectos quedan por estudiar, el identificar el marco de referencia, las definiciones conceptuales de las variables en estudio que han adoptado otros autores, y, el descubrir los métodos de procedimiento destinados a la recogida y análisis de datos utilizados en investigaciones similares.

Los resultados de la revisión bibliográfica sirven para explicar las razones que han conducido o motivado la elección de un tema concreto para analizarlo. De esta manera, consecuentemente, de su lectura se deben desprender los objetivos y las hipótesis que se quieren analizar a través de la investigación que se acaba de iniciar.

Resumiendo, se podría decir que la metodología utilizada en esta obra es una combinación del método descriptivo a través del cual se pretende hacer una exposición sobre la Agencia Europea de Seguridad, tanto desde una perspectiva conceptual como teórica, así como influye el el terrorismo y en el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos. Así pues, sobre la base de la concreción del tema que con esta investigación se propone estudiar se ha considerado que el método que mejor cumpliría las expectativas de esta investigación académica sería el descriptivo y el analítico.

1. La Convención de Palermo

En 2000, la comunidad internacional apostó por la cooperación internacional para abordar los problemas mundiales a través de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En el año 2004, tras la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (la CDOT), el para entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, expresó lo siguiente:

> "... Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los Derechos Humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los Derechos Humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas (...)".

De esta manera, como los grupos delictivos no pierden el tiempo en aprovecharse de la economía global y la alta satisfacción tecnológica, también los esfuerzos de los actores internacionales deberían de ser comunes a la hora de combatirlos.

Así, la Convención de Palermo facilita una nueva herramienta para hacer frente a la problemática de la delincuencia mundial. A través del fortalecimiento de la cooperación internacional se puede actuar eficazmente y promover un clima de seguridad global.

Es notorio que una de las consecuencias de la delincuencia organizada transnacional es el auge de una problemática de inseguridad global que afecta a la comunidad internacional. Es por ello, que incluso el Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, hace referencia al "reducir de manera significativa las corrientes financieras de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de bienes robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada".

De esta manera, la finalidad del Protocolo de Palermo es: prevenir y combatir la trata de personas, con especial atención a las mujeres y los niños; proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando los Derechos Humanos; y, promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr los fines

Este tratado multilateral, en contra del crimen organizado transnacional, se validó con: el protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; el protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y, el protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.

2. El rol de la Agencia Europea de Seguridad

En cuanto a las Agencias de Seguridad la Unión Europea cuenta con:

- Europol

Europol es la agencia de la Unión Europea en materia policial. Su principal objetivo es contribuir a la consecución de una Europa más segura para beneficio de todos los ciudadanos de la Unión Europea. En este sentido, Europol trabaja sobre el terreno, intercambia información con los países y tiene un centro de conocimiento especializado.

Asimismo, Europol contribuye a hacer de Europa un lugar más seguro a través de la asistencia a los 27 Estados Miembros de la Unión en su lucha contra la delincuencia internacional y el terrorismo. Además, colabora con numerosos estados asociados no pertenecientes a la Unión Europea y organizaciones internacionales.

Las redes de delincuencia y terroristas a gran escala constituyen una amenaza significativa para la seguridad interna de la Unión Europea y para la seguridad y los medios de vida de sus ciudadanos. Las amenazas más graves para la seguridad se derivan de: el terrorismo, el tráfico de drogas y el blanqueo de dinero a escala internacional, el fraude organizado, la falsificación de euros y el contrabando de personas.

No obstante, crecen nuevos peligros, como la ciberdelincuencia y la trata de seres humanos. Las redes que subyacen a tales formas de delincuencia en cada una de estas áreas aprovechan con rapidez las nuevas oportunidades que se les plantean, y resisten con tenacidad las medidas encaminadas a velar por el cumplimiento de la ley.

- Eurojust

Eurojust es la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) que tiene como finalidad apoyar la coordinación y la cooperación judicial entre las autoridades nacionales en la lucha contra el terrorismo y la delicuencia grave organizada que afectan a más de un país de la Unión Europea.

De este modo, Eurojust ayuda a los países de la Unión Europea a luchar contra el terrorismo y las formas graves de delincuencia organizada que afectan a más de un país de la Unión Europea: coordinando las investigaciones y diligencias judiciales que afecten como mínimo a dos países, contribuyendo a resolver conflictos de jurisdicción y facilitando la elaboración y aplicación de instrumentos jurídicos de la Unión Europea, como las órdenes de detención europeas y las resoluciones de embargo preventivo y decomiso.

Para ello, Eurojust celebra reuniones de coordinación, financia y aporta experiencia a los equipos conjuntos de investigación y organiza centros de coordinación. También acoge a las secretarías de la Red Judicial Europea, la Red de Equipos Conjuntos de Investigación y la red de investigación y persecución del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

En resumen, desde Eurojust se coordinan las investigaciones y diligencias que afecten a dos países, resuelve los conflictos de jurisdicción y facilita la elaboración y aplicación de instrumentos jurídicos de la Unión Europea.

- CEPOL

La CEPOL es una agencia de la Unión Europea que se dedica a desarrollar, implementar y coordinar formaciones dirigidas a agentes con funciones policiales. Desde el año 2016, la CEPOL ha pasado a denominarse oficialmente "Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial".

De esta manera, la CEPOL contribuye a que Europa sea más segura. Para ello, la cooperación y el intercambio de conocimientos entre los agentes con funciones policiales de los Estados Miembros de la Unión Europea - y en cierta medida de terceros países - sobre cuestiones relativas a las prioridades de la Unión Europea en el ámbito de la seguridad; en particular, procedentes del conjunto de políticas de la Unión Europea contra la delincuencia grave y organizada.

En este sentido, la Agencia agrupa una red de centros de formación para los agentes con funciones policiales de los Estados Miembros a la cual asiste mediante el suministro de formaciones de primera línea sobre las prioridades de seguridad, la cooperación policial y el intercambio de información. Asimismo, también colabora con organismos de la Unión Europea, organizaciones internacionales y terceros países para garantizar que se ofrece una respuesta colectiva a las amenazas más graves para la seguridad.

El objetivo de la CEPOL es convertirse en un centro de primera categoría y en motor de cambio en el ámbito de la formación de los servicios policiales, y contribuir, de esta manera, a abordar los asuntos de seguridad europea y mundial fomentando la colaboración entre los cuerpos y fuerzas de seguridad para el intercambio de buenas prácticas y conocimientos teóricos y prácticos.

A su vez, los valores que se defienden desde la CEPOL son: la excelencia profesional, la innovación, la calidad, la capacidad de respuesta y el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Así, la CEPOL supone una plataforma de encuentro para los agentes con funciones policiales para: brindarles oportunidades de crecimiento tanto personal como profesional a través de la formación, contribuir, mediante el aprendizaje, a

resolver cuestiones relacionadas con la seguridad europea y, establecer redes de profesionales y de centros de formación.

En resumen, la CEPOL es la Agencia Europea para la Formación Policial y entre sus objetivos destacan el brindar la formación sobre las prioridades de seguridad, la cooperación policial y el intercambio de información. Lo que se pretende es que, a través de esta Agencia, los profesionales estén mejor formados y cuenten con una red de contactos más amplia.

3. El Plan de Acción de la Unión Europea

La Comisión Europea intensificó la lucha contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos para prevenir ataques mediante la tipificación como delito de la preparación de un ataque, ayudar, ser cómplice, incitar o intentar actos terroristas.

También adoptó un plan de acción para mejorar la detención, investigación e incautación de armas de fuego con fines terroristas y delictivos, enfatizando el acceso a las armas de fuego y explosivos, aumentando la cooperación operativa, mejorando el intercambio de información e intensificando la cooperación con terceros países.

No obstante, para potenciar este plan de Acción de la Unión Europea para luchar contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos, en 2005, el Consejo adoptó una Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo para luchar contra el terrorismo de forma global y crear una Europa más segura.

A su vez, dado que Europa sigue sufriendo atentados terroristas letales, la lucha contra el terrorismo es una de las principales prioridades de la Unión Europea, los Estados Miembros y los socios de la Unión Europea.

El artículo 83 del TFUE confiere al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de adoptar normas mínimas relativas a la definición de delitos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, entre los cuales se encuentra el terrorismo.

De este modo, para luchar de forma eficaz contra el terrorismo, la estrategia se centra en cuatro prioridades: la prevención, la protección, la

persecución y la respuesta. No obstante, también reconoce la importancia de la cooperación con terceros países e instituciones internacionales.

La seguridad de la Unión Europea está estrechamente relacionada con la situación del resto de países, especialmente de los países vecinos. Por eso, en junio de 2014, el Consejo Europeo solicitó una política eficaz de lucha contra el terrorismo que integre los aspectos de las políticas internas y externas. El 9 de febrero de 2015, tras los atentados de Charlie Hebdo, los líderes de la Unión Europea hicieron hincapié en la necesidad de que la Unión Europea colaborara en mayor medida con terceros países en materia de seguridad y lucha contra el terrorismo.

En sus conclusiones sobre la acción exterior de la Unión Europea en materia de lucha contra el terrorismo, de 19 de junio de 2017, el Consejo hizo hincapié en la necesidad de: una mayor coherencia entre la acción interna y externa en el ámbito de la seguridad y el refuerzo del papel de los organismos de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) por lo que respecta a los terceros países.

De esta manera, observó, asimismo, que es necesario que las misiones y operaciones de la política común de seguridad y defensa desempeñen un papel más importante en la lucha contra el terrorismo.

El programa de lucha contra el terrorismo está presente en las relaciones entre la Unión Europea y terceros países de muchas maneras, entre ellas: los diálogos políticos de alto nivel; la aprobación de cláusulas y acuerdos de cooperación o asistencia específica; y, los proyectos de mejora de capacidades con países estratégicos.

Además, la Unión Europea participa en la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo con los siguientes países: los Balcanes Occidentales, África (el Sahel del Norte y el Cuerno de África), Oriente Medio, América del Norte y Asia.

La cooperación con los Estados Unidos es otro de los elementos fundamentales de la estrategia de la Unión Europea. Así, durante los últimos años, los acuerdos de cooperación han alcanzado ámbitos como la financiación del terrorismo, el transporte y las fronteras, la asistencia jurídica mutua y la extradición. Por eso, las autoridades de los Estados Unidos están colaborando cada vez más estrechamente con Europol y Eurojust.

Pero, del mismo modo, la Unión Europea también colabora estrechamente con otras organizaciones y foros regionales e internacionales para crear consenso a nivel internacional y promover normas internacionales para luchar contra el terrrorismo.

Sin embargo, la Unión Europea, a parte de centrar sus esfuerzos en la lucha contra el terrorismo internacional, también trabaja en planes de acción para hacer frente al trágico ilegal de armas de fuego y explosivos.

Somos conscientes que la proliferación y disponibilidad de armas de fuego y explosivos ilícitas aumentan el peligro que plantea la delincuencia grave organizada, como los atentados terroristas, y a menudo están relacionadas con el tráfico ilícito de drogas, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de migrantes, la falsificación, los delitos contra el medio ambiente o la delincuencia organizada contra la propiedad. Por ello, aunque la Unión Europea ha coordinado actividades de lucha contra el tráfico de armas de fuego y explosivos durante varios años, siguen surgiendo nuevas amenazas que requieren nuevas acciones.

De este modo, el nuevo plan de acción sobre el tráfico de armas de fuego se centra en cuatro prioridades: el proteger el marco jurídico para reducir los riesgos de desvío de armas de fuego desde el mercado legal al mercado negro; el mejorar los conocimientos sobre la amenaza, abordando la falta de estadísticas comparables sobre casos de armas de fuego e incautaciones en toda la Unión Europea; reforzando el cumplimiento de la ley para detener a los traficantes; e, intensificando la cooperación internacional y centrando un amplio conjunto de actividades en el sureste de Europa.

Así pues, las iniciativas adoptadas forman parte de la Estrategia de la Unión de la Seguridad. El objetivo es crear un enfoque multidisciplinar, coordinado e integrado de la seguridad. La Estrategia establece prioridades estratégicas e interdependientes en materia de seguridad que deben adoptarse a escala de la Unión Europea en el período desde el año 2020 hasta el año 2025.

4. La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea

El terrorismo es una amenaza para nuestra seguridad, para los valores de las sociedades democráticas y para los derechos y libertades de los ciudadanos europeos.

De este manera, los pilares de la estrategia de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo se basa en la prevención, protección, persecución y respuesta.

- Prevención

Una de las principales prioridades de la Unión Europea es abordar las causas de radicalización y captación terrorista. El pilar "prevención" tiene por objeto luchar contra la radicalización y la captación de terroristas, determinando los métodos, la propaganda y las herramientas utilizadas por los terroristas. La Unión Europea contribuye a coordinar las políticas nacionales, determinar las buenas prácticas e intercambiar información.

La Estrategia revisada de la Unión Europea para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas, en su versión revisada de 2014, tiene como objetivo luchar contra la radicalización y la captación teniendo en cuenta las nuevas tendencias, como el terrorismo de los "lobos solitarios", el uso de combatientes extranjeros y la utilización de las Redes Socials por parte de los terroristas. Posteriormente, ha sido modificada por una serie de conclusiones del Consejo sobre la respuesta a los atentados terroristas en el territorio de la Unión Europea.

De esta manera, algunos ejemplos del trabajo actual en el ámbito de la lucha contra la radicalización violenta son: la Red de la Unión Europea para la Sensibilización frente a la Radicalización y el seguimiento del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre radicalización. A su vez, algunos ejemplos del trabajo actual en el ámbito de la lucha contra la radicalización en línea son los avances realizados por el Foro de la Unión Europea sobre Internet, basados en la Recomendación sobre la lucha contra el contenido ilegal en línea que se centra específicamente en el contenido terrorista.

- Protección

La segunda prioridad de la Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo es proteger a los ciudadanos e infraestructuras y reducir la vulnerabilidad frente a los atentados. Esto incluye: garantizar la seguridad de las fronteras, mejorar la seguridad del transporte, proteger los objetivos estratégicos y reducir la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas.

En este sentido, algunos ejemplos del trabajo actual son: el Plan de acción para contribuir a la protección de los espacios públicos destinado a intensificar el apoyo a los esfuerzos de los países de la Unión Europea para proteger y reducir la vulnerabilidad de los espacios públicos; el denominado Plan de acción para mejorar la preparación ante los riesgos de seguridad químicos, biológicos, radiológicos y nucleares para mejorar la preparación frente a los riesgos de seguridad químicos, biológicos, radiológicos y nucleares (QBRN); y, la propuesta de Reglamento sobre la comercialización y la actualización de precursores de explosivos.

- Persecución

El tercer elemento tiene por objeto perseguir a los terroristas más allá de las fronteras, respetando los derechos humanos y el Derecho Internacional. Para alcanzar estos objetivos, la Unión Europea se centra en: mejorar la cooperación y el intercambio de información entre la policía y las autoridades judiciales, privar a los terroristas de sus medios de apoyo y comunicación, y, abordar la financiación del terrorismo.

Un ejemplo del trabajo actual es la aplicación del Plan de Acción de 2016 para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo.

- Respuesta

El cuarto objetivo de la Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo consiste en estar preparados, gestionar y minimizar las consecuencias de un atentado terrorista. Esto se consigue mediante la mejora de las capacidades para afrontar: las consecuencias, la coordinación de la respuesta, y, las necesidades de las víctimas.

En este ámbito, las prioridades incluyen: el desarrollo de acuerdos de coordinación de las crisis de la Unión Europea, el desarrollo de herramientas de gestión de riesgos, y, el intercambio de las mejores prácticas en la asistencia a las víctimas del terrorismo.

Un ejemplo del trabajo actual es la creación de un centro de la Unión Europea para las víctimas del terrorismo (es un proyecto piloto del Parlamento Europeo).

Por todo lo explicado anteriormente, resulta fundamental la cooperación con terceros países e instituciones a través del diálogo, los acuerdos de cooperación y la creación de proyectos conjuntos.

5. El tráfico de armas en la Unión Europea

El tráfico de armas de fuego afecta a todas las partes del mundo, impactando en la sociedad de diversas formas. Constituye uno de los principales problemas en el contexto de la seguridad humana y se encuentra en el foco de los esfuerzos por el mantenimiento del orden y aplicación de la ley. Es necesario señalar que las armas de fuego contribuyen decisivamente en la violencia, especialmente en los homicidios, cumplen con frecuencia un papel fundamental en la delincuencia organizada y amplifican la incidencia de los conflictos armados y el terrorismo. La forma más común de tráfico ilícito de armas es el de armas pequeñas y ligeras (APAL), aunque el carácter del tráfico puede variar considerablemente de unos contextos geográficos a otros y en función del tipo de armas.

No obstante, la mayor parte de las armas de fuego en circulación se han fabricado para mercados lícitos por fabricantes autorizados. Sin embargo, en cualquier momento de su ciclo de vida pueden desviarse a mercados ilegales. Es por ello por lo que los esfuerzos por hacer cumplir la ley busca detener dichas corrientes ilícitas. En muchas partes del mundo, el acceso a las armas de fuego es fácil para los que pueden permitirse pagar su precio. Asimismo, no se puede olvidar que la vida útil de las armas de fuego es muy larga, y pueden circular en los mercados lícitos e ilegales durante muchos años, siendo reutilizadas y revendidas en múltiples ocasiones, por lo que esta durabilidad se convierte en un nuevo desafío a la hora de diseñar medidas de prevención y control de armas.

A su vez, la definición que nos proporciona la Unión Europea sobre el tráfico ilícito de armas en su Directiva 2008/51/EC hace referencia a "la adquisición, venta, entrega, movimiento o transferencia de armas de fuego, partes de las mismas o munición entre los territorios de los Estados Miembros sin la autorización de los países implicados, sin seguir lo estipulado en la directiva o sin tener el arma debidamente marcada según el Artículo 4".

No obstante, aunque el flujo de armas de fuego en la Unión Europea no es de gran escala, existe una gran oferta principalmente de armas pequeñas desde el Oeste de los Balcanes y el Este de Europa. Los seis mayores productores legales de armas son: Smith&Wesson (EEUU), Beretta (Italia), Glock (Austria), Heckler&Koch (Alemania), Colt (EEUU) y Izhmash (Rusia).

Por otro lado, otra problemática que afecta a la seguridad internacional es la compra-venta de armas en el mercado negro. A modo síntesis, el mercado negro se centra por estar formado por las armas legales robadas pero que son empleadas de manera ilegal, las armas legales que se vuelven ilegales mediante modificaciones, las armas ilegales importadas o manufacturadas o la importación de armas legales a usuarios que las van a utilizar con fines ilegales.

Por su parte, en cuanto a la compra de armas, el 16 de septiembre de 2019, el Consejo ha adoptado una Decisión por la que se modifica la Posición Común del Consejo del 8 de diciembre de 2008 sobre el control de las exportaciones de armas, así como una guía del usuario revisada. La Decisión del Consejo tiene en cuenta una serie de acontecimientos, tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel internacional, que han dado lugar a nuevas obligaciones y compromisos para los Estados miembros desde la adopción de la Posición Común de 2008. Entre estos acontecimientos cabe citar, en particular, la entrada en vigor, el 24 de diciembre de 2014, del Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA), que regula el comercio internacional de armas convencionales. Todos los Estados miembros son Estados parte en el TCA. El objetivo del TCA es establecer normas internacionales comunes del máximo rigor posible para regular o mejorar la regulación del comercio internacional de armas convencionales, prevenir y eliminar el tráfico ilícito de armas convencionales y prevenir su desviación.

Así, en sus conclusiones, el Consejo recuerda su compromiso de reforzar el control de la exportación de tecnología y equipos militares y de reforzar la cooperación y promover la convergencia en el ámbito de las exportaciones de tecnología y equipos militares en el marco de la política exterior y de seguridad común. Esto lo hace a través del establecimiento, la defensa y la aplicación de normas comunes de alto nivel para la gestión de las transferencias de tecnología y equipos militares por parte de todos los Estados miembros. Es por ello que, el Consejo reafirma que los equipos y tecnología militares deben ser objeto de un comercio responsable y sometido a rendición de cuentas. Reitera su determinación de promover la cooperación y la convergencia de las políticas de los Estados miembros para evitar la exportación de tecnología y equipos militares que pudieran

utilizarse para fines de represión interna o agresión internacional o contribuir a la inestabilidad regional.

Así mismo, se calcula que hay más de 800 millones de armas pequeñas y ligeras en circulación por todo el mundo, responsables de más de medio millón de muertes al año. También son responsables del 90% de las víctimas de conflictos armados, en su mayoría mujeres y niños. La proliferación de este tipo de armas sigue alimentando un gran número de conflictos regionales, fomentando el crimen organizado e incitando al terrorismo. Más allá de estos efectos negativos, constituye un factor muy importante de desestabilización y un freno al desarrollo de los Estados más frágiles, sobre todo en África.

De esta manera, para intentar atajar de forma eficaz y duradera esta plaga, la comunidad internacional se ha movilizado en Naciones Unidas, en la Unión Europea y en muchas otras organizaciones regionales. Así, a día de hoy existen varias iniciativas sobre el control de transferencias de armas, el marcado de armas, la seguridad de las existencias de armas y munición y la destrucción de excedentes.

En cuanto a las Naciones Unidas, el Programa de acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos (PoA), adoptado por consenso en la Conferencia de Naciones Unidas sobre las Armas Pequeñas y Ligeras de julio de 2001, proporciona el marco general de todas las iniciativas internacionales y regionales. Incluye una serie de compromisos no vinculantes que prevén acciones en el plano nacional, regional e internacional.

A su vez, la Unión Europea también ha adoptado varios textos enfocados a luchar contra la proliferación ilícita de armas, que prevé disposiciones específicas para la autorización de los corredores, la conservación de datos sobre las transacciones y el intercambio de información entre Estados Miembros sobre las transferencias autorizadas.

Por su parte, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) ha desarrollado una acción normativa destacada y ejemplar, con la elaboración de un conjunto completo de programas de acción y de manuales de buenas prácticas.

Además, son varias las iniciativas regionales destinadas a luchar contra el tráfico de armas ligeras que se han iniciado, sobre todo en el África Subsahariana (Protocolo de Nairobi, Protocolo sobre las Armas de Fuego en la Comunidad de Desarrollo de África Austral (CDAA), Convención de Kinshasa (CEDEAO),

Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Central (CEEAC)) y en Sudamérica (Convención Interamericana de la OEA).

A su vez, en cuanto al Registro de Armas Convencionales de Naciones Unidas, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó en 1992 el Registro de Armas Convencionales para asegurar una mayor transparencia en las transferencias de armas convencionales y reforzar la confianza y la seguridad entre Estados. De esta manera, se prevé que los Gobiernos informen voluntariamente de sus exportaciones e importaciones de armas, carros de combate, vehículos blindados de combate, sistemas de artillería de gran calibre, aviones de combate, helicópteros de ataque, buques de guerra (incluidos los submarinos), misiles y lanzadores de misiles (incluidos los sistemas portátiles de defensa aérea de corto alcance).

Conclusiones

El fenómeno del terrorismo internacional y el tráfico ilícito de armas de fuego y explosivos es complejo y opaco por su naturaleza. Sin embargo, este hecho no desalienta sino que motiva a seguir trabajando en la producción literaria, académica y bibliográfica de artículos y documentos de investigación encaminados a dotar de un mayor contenido académico este ámbito del conocimiento.

Sin embargo, a pesar de lo complejo y de las dificultades a la hora de actuar, es necesario destacar la importante labor que la Unión Europea, América Latina y otras organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no, están realizando para intentar evitar los casos de terrorismo y de tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos en la esfera de la sociedad internacional.

A su vez, una vez explicado la problemática que supone el terrorismo y el tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos para la sociedad internacional, América Latina y la Unión Europea, se ha demostrado la hipótesis que se trabajaba en esta investigación que respondía a que, el rol que cumple la Agenda Europea de Seguridad, confirma que realmente contribuye a allanar el camino hacia una Unión Europea coordinada y eficaz frente a las amenazas a la seguridad internacional que tiene.

De igual manera, durante la exposición de esta contribución en el Grupo de Trabajo 16 del VI Congreso Internacional sobre Globalización, Ética y Derecho. Los desafíos de la globalización: respuestas desde América Latina y la

Unión Europea organizado por la Universidad Complutense de Madrid que versaba sobre las "manifestaciones del Crimen Organizado en América Latina y la Unión Europea. Retos y amenazas a la seguridad" coordinado por la profesora Concepción Anguita Olmedo (UCM) y Alexander Fuccille (UNESP), los principales comentarios surgidos en el Grupo de Trabajo hacían referencia a la importancia de la colaboración conjunta entre diferentes entidades, públicas y privadas, y diferentes organismos, regionales, nacionales, europeos e internacionales, para poder garantizar un clima de mayor seguridad en la comunidad europea e internacional. La opacidad que por sí mantienen las problemáticas del terrorismo y de tráfico ilegal de armas de fuego y explosivos, evidencia la importacia de la comunición transparente y fluida entre los Estados Miembros de la Unión Europea y el resto de países que forman parte de la comunidad internacional.

En este sentido, la Unión Europea y los Estados Miembros tienen que trabajar conjuntamente en contra del terrorismo internacional y el crimen organizado porque sin cooperación, no habrá protección. A su vez, la Comisión Europea intensificó la lucha contra el terrorismo y el tráfico ilegal de armas para prevenir ataques mediante la tipificación de nuevos delitos.

A modo de conclusión, se puede resaltar como el terrorismo y el crimen organizado son una amenaza para la seguridad, democracia, Derechos Humanos y libertades. Por lo tanto, cabe señalar como el objetivo fundamental de la Unión Europea es garantizar la seguridad internacional a través de un canal que facilite la cooperación, el intercambio de información y la acción común.

REFERENCIAS

CALDUCH CERVERA, R., (2013), Métodos y Técnicas de investigación en Relaciones Internacionales. *Universidad Complutense de Madrid*. Madrid, págs.1-161. Disponible en: https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55163/2Metodos.pdf , Acceso en: 24 dec. 2020, 13:45:00.

Centro de Análisis y Prospectiva Gabinete Técnico de la Guardia Civil, *Documentos de Trabajo 3/2016. El tráfico de armas en Europa.* Disponible en: https://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local_repository/documents/18137.pdf , Acceso en: 22 dec. 2020, 11:05:00.

Centro de Documentación Europea (Universidad de Granada), *Cumplir los objetivos de la Unión de la Seguridad contra el abuso sexual de menores, drogas y armas ilegales*. Disponible en: http://cde.ugr.es/index.php/union-europea/noticias-ue/1020-cumplir-los-objetivos-de-la-union-de-la-seguridad-contra-el-abuso-sexual-de-menores-drogas-y-armas-ilegales , Acceso en: 24 dec. 2020, 12:10:00.

Cepol, *Cepol: Misión, Visión y valores*. Disponible en: https://www.cepol.europa.eu/es , Acceso en: 01 enero 2021, 17:45:00.

Comisión Europea, *La UE te protege contra el crimen organizado*. Disponible en: https://ec.europa.eu/spain/news/20190301_%20The-EU-protects-you-against-organized-crime_es , Acceso en: 19 dec. 2020, 14:45:00.

Consejo de la Unión Europea, *Control de las exportaciones de armas: el Consejo adopta unas Conclusiones, una nueva Decisión por la que se actualizan las normas comunes de la UE y una guía del usuario actualizada*. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/09/16/control-of-arms-export-council-adopts-conclusions-new-decision-updating-the-eu-s-common-rules-and-an-updated-user-s-guide/ , Acceso en: 20 dec. 2020, 10:30:00.

Diálogo Derechos Humanos, *La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Disponible en: https://dialogoderechoshumanos.com/blog/614-la-convencion-de-las-naciones-unidas-contra-la-delincuencia-organizada-transnacional , Acceso en: 23 dec. 2020, 16:30:00.

Diario Oficial de la Unión Europea, *Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008*. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0051&from=EN , Acceso en: 11 enero 2021, 17:45:00.

EUR-Lex, *Estrategia de Lucha contra el Terrorismo*. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33275 , Acceso en: 27 dec. 2020, 13:15:00.

Eurojust, *Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal*. Disponible en: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eurojust_es , Acceso en: 06 enero 2021, 18:15:00.

Europol, *Acerca de Europol*. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/es/about-europol , Acceso en: 09 enero 2021, 20:15:00.

Europol, *European Union Terrorism Situation And Trend Report 2019*. Disponible en: file:///C:/Users/PC/Downloads/tesat_2019_final.pdf . Acceso en: 22 dec. 2020, 09:30:00.

Fiscalía General de la República, *¿Conoces el Protocolo de Palermo?*, 2017. Disponible en: https://www.gob.mx/fgr/es/articulos/conoces-el-protocolo-de-palermo?idiom=es , Acceso en: 10 enero 2021, 19:15:00.

MARRERO ROCHA, Inmaculada (2011). El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. (nº40), págs. 669-700

Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Control de las armas convencionales*. Disponible en: https://www.diplomatie.gouv.fr/es/politica-exterior/desarme-y-control-de-armas/francia-y-el-desarme/article/control-de-las-armas-convencionales , Acceso en: 19 dec. 2020, 09:45:00.

Naciones Unidas. Oficina contra la Drogas y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Viena, 2004

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Estudio Mundial sobre el Tráfico de Armas de Fuego 2020 - Introducción, Resumen Ejecutivo, Conclusiones y Consecuencias en Materia de Políticas y Resumen por Regiones*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Firearms/Global_Study_Ex_Summary_es.pdf , Acceso en: 06 enero 2021, 18:15:00.

ESCENARIOS DEL CRIMEN ORGANIZADO POST PANDEMIA

Jessica Cohen Villaverde
Seguridad privada
mail@jessicacohen.es

José María Blanco Navarro
Universidad Pontificia de Comillas
blanco.josemaria@gmail.com

Resúmen: En el actual contexto de pandemia el crimen organizado se beneficia de la crisis para reorientar sus actividades presentes e invertir en el futuro, aprovechando las debilidades de los estados, y tratando de incrementar el control de las dimensiones clave de una nación: la institucional, la territorial, la económica y la social. A través del apoyo a los más desfavorecidos, en un contexto de recesión económica que llevará a América Latina a perder como mínimo una década, tratarán de ganar apoyo social. Una crisis que tendrá su manifestación social en elevados índices de desempleo, aumento de la pobreza y pobreza extrema, y desigualdad, y que alejará a todas las naciones de los objetivos de Desarrollo Sostenible 2030. Los Estados tendrán que recurrir a un elevadísimo endeudamiento público, con dificultades para cubrir todas las necesidades de su población, generando facilitadores para un incremento de la corrupción endémica y para la infiltración del crimen organizado en la economía legal. A su vez, el crimen organizado, como un fenómeno evolutivo y extremadamente adaptativo dispondrá de la flexibilidad y los recursos necesarios para adaptarse al contexto en cuanto a mercados, rutas, productos y servicios. ¿Qué variables influirán en la evolución del crimen organizado?, ¿con qué indicadores se puede generar un modelo de alerta temprana, como un subsistema de escenarios prospectivos dinámicos?, ¿qué posibles riesgos se facilitarán o potenciarán?, ¿qué escenarios se pueden producir en el contexto de lo que se viene a llamar la "era del desorden"?, ¿qué se puede hacer ante una situación que responde claramente a la definición de "wicked problems?, ¿cómo las visiones holísticas deben prevalecen sobre las aproximaciones policiales o militares?

Palabras-clave: "crimen organizado", "pandemia", "COVID-19", "escenarios", "futuro"

Abstract: In the current context of pandemic, organized crime benefits from the crisis to redirect its present activities and invest in the future, taking advantage of the weaknesses of the states, and trying to increase control of the key dimensions of a nation: institutional, territorial, economic and social levels. By supporting the most disadvantaged, in a context of economic recession that will lead Latin

America to lose at least a decade, they will try to gain social support. A crisis that will have its social manifestation in high unemployment rates, increased poverty and extreme poverty, and inequality, and that will move all nations away from the 2030 Sustainable Development goals. The States will have to resort to a huge public debt, with difficulties to cover all the needs of their population, generating facilitators for an increase in endemic corruption and for the infiltration of organized crime in the legal economy. At a same time, organized crime, as an evolutionary and extremely adaptive phenomenon, will have the flexibility and resources necessary to adapt to this new scenario in terms of markets, routes, products and services. What variables will impact in the evolution of organized crime? With what indicators can an early warning model be generated, such as a subsystem of dynamic prospective scenarios? What possible risks will be facilitated or enhanced? What scenarios can occur in the context of what has come to be called the "era of disorder"? What can be done in a situation that clearly meets the definition of "wicked issues"? How should holistic views prevail over political approaches? military?

Key words: "organized crime", "pandemic", "COVID-19", "scenarios", "future"

1. INTRODUCCIÓN. LA (IN)SEGURIDAD VIENE DETERMINADA POR EL CONTEXTO

Oliverio y Lauderdale (2005) señalaron que "*el terrorismo es una creación de su propio tiempo y lugar*", un producto de la cultura y sociedad de cada momento. Igualmente sucede con el crimen organizado. En un entorno altamente fluctuante, cualquier fenómeno criminal es afectado por el contexto político, económico, social o tecnológico. El crimen organizado, señalaba Europol en 2015, sufriría profundos cambios en la próxima década debido a la disponibilidad de nuevas tecnologías, y cambios en el entorno, como la evolución económica y social. La COVID-19, en sus dimensiones sanitarias, políticas, económicas y sociales es un hecho disruptivo de impactos sin precedentes en lo que va de siglo XXI y gran parte del siglo XX.

Siguiendo la idea fuerza subyacente en el análisis citado de Europol, es el cambio de contexto el principal determinante del cambio, adaptación o evolución de la delincuencia y del proceder de los grupos de crimen organizado. Su enorme flexibilidad, opacidad, volumen de recursos económicos, capacidad para "comprar" tanto voluntades como talento, su funcionamiento al margen de la ley y la ausencia de principios éticos y morales son factores que siguen modulando una amenaza extremadamente asimétrica para nuestras sociedades, que siguen dependiendo para su lucha de organizaciones (nacionales o internacionales)

burocráticas, con limitaciones presupuestarias y de recursos, escasa atracción del talento y ausencia de innovación (tanto en pensamiento como en acción), dificultades para la cooperación internacional y barreras legales y normativas.

La historia de la humanidad vive un momento clave. En los últimos meses proliferan análisis sobre cómo será nuestro mundo tras esta pandemia. ¿Se acabará la globalización tal y como la conocemos?, ¿afectará a la democracia liberal?, ¿superará China a Estados Unidos como primera potencia mundial?, ¿cambiará, y en qué medida, nuestra forma de vida? En esa misma línea resulta una obligación reflexionar sobre qué impactos se han producido en el crimen organizado por su causa. Pero más allá de lo sucedido estos meses, que llevarán a una nueva normalidad a corto-medio plazo (2-3 años), cabe preguntarse por qué impactos serán estructurales, y no meramente coyunturales, y cómo podrá ser la evolución de la criminalidad en un plazo de al menos 5-10 años.

El Consejo Nacional de Inteligencia de Estados Unidos ya señalaba en 2004 que sería una cuestión de tiempo que apareciera una pandemia similar a la gripe de 1918, y que una situación de ese tipo podría acabar con los viajes y el comercio mundial durante un largo periodo, además de colapsar los sistemas sanitarios. La mención a la probabilidad de una pandemia ha sido habitual tanto en los informes de la comunidad de inteligencia estadounidense como en los análisis anuales de riesgos del Foro Económico Mundial. Desde este punto de vista, la pandemia no debe considerarse como un "cisne negro" (TALEB, 2012) y debe llevar a reflexionar sobre una cuestión: la materialización efectiva de riesgos, aunque sean de baja probabilidad, con impactos tan severos, debe llevar a readaptar los mapas de riesgos de gobiernos, organizaciones, empresas y ciudadanos.

Es habitual recurrir a la famosa cita de Antonio Gramsci para ilustrar los tiempos de cambio, un momento en que el viejo mundo no acaba de morir y el nuevo tarda en aparecer. La clásica tensión generada por el cambio llevada al extremo. Pero también indica Gramsci que es en estos momentos, en ese claroscuro, cuando surgen los monstruos. En el momento actual es preciso combatir al monstruo, en forma de virus, y pensar en los monstruos paralelos y derivados, en los monstruos previos, presentes y futuros. Entre ellos destaca la amenaza del crimen organizado. Un enemigo opaco, dotado de inteligencia, y que a lo largo de la historia ha sabido adaptarse a cualquier cambio identificando rápidamente las oportunidades derivadas de cualquier crisis.

El mundo se va a transformar, y no será simplemente por el deseo de nuestras sociedades, ni porque existan una convicción y consenso sobre el mismo, sino porque resultará imposible volver atrás sin más (KRASTEV, 2020). Se puede afirmar que el crimen organizado va a ser parte de ese cambio, potenciando tendencias de los últimos años, pero también readaptando líneas de negocio, rutas y modus operandi.

En este sentido, el estudio del futuro cobra sentido, introduciendo una reflexión permanente y sistemática sobre los próximos impactos del crimen organizado, ampliando la visión periférica para comprender de manera holística un fenómeno, detectando señales débiles que pueden generar alertas tempranas, o trazando los escenarios alternativos que se pueden plantear. Adicionalmente cualquier proceso de toma de decisiones exige una mirada al futuro, tratando de anticipar posibles impactos. A pesar de ello, no existe una cultura orientada al estudio del futuro, el menos en España. La ausencia de visión estratégica, el cortoplacismo, la atención a lo urgente, los recursos que precisa la prospectiva y las dificultades para validar su utilidad, son algunos de los factores que han impedido su desarrollo (BLANCO Y COHEN, 2018). El estudio del futuro tiene diversos objetivos, al margen de su intento de anticipación de riesgos (BLANCO Y JAIME, 2014), y especialmente los derivados de entornos VUCA (COHEN Y BLANCO, 2017), entre los que destacan su apoyo a la elaboración de estrategias y diseño de políticas (BLANCO, 2016).

2. EL MUNDO POST COVID-19

Los últimos años han ido apuntando claras tendencias políticas (la crisis de poder y de la democracia liberal), económicas (el avance hacia una economía de plataforma), sociales (el empoderamiento del individuo), demográficas (envejecimiento de la población y urbanización) o tecnológicas (veloz desarrollo de la Inteligencia Artificial). Con la permanencia de tendencias anteriores, que se pueden potenciar o modificar por la pandemia, la aparición de nuevas variables, disrupciones, singularidades, se propone clasificar las tendencias de futuro en función de las múltiples crisis existentes: nuevas, como la sanitaria, y previas pero impactadas por la COVID-19, como la crisis política, la económica, la social y la crisis de principios y valores, que raramente es destacada. A todo ello habría que sumar la creciente globalización tecno-digital.

2.1. CRISIS SANITARIA

En la actualidad perduran multitud de incertidumbres relacionadas con la pandemia: la posibilidad de mutación del virus (con preocupantes variantes de Reino Unido, Brasil y Sudáfrica de las que se puede temer mayor capacidad de transmisión y de mortalidad), la temporalidad de las próximas olas, o el grado y duración de la inmunidad generada. Pero de especial relevancia destaca la disponibilidad y aplicación de vacunas de forma masiva, en un proceso que será extremadamente desigual entre países y no exento de multitud de problemáticas, como se está poniendo de manifiesto con las limitaciones de producción, los conflictos con las farmacéuticas y la "guerra" competitiva entre todas las naciones para optar prioritariamente a su acceso.

Estos "drivers" son fundamentales a la hora de determinar el alcance temporal de la pandemia y de todos sus impactos derivados. Algunos países, los más avanzados, esperan alcanzar la inmunidad de rebaño tras el verano de 2021. Para muchos otros países será un objetivo imposible antes de 2023 o 2024.

La situación sanitaria genera un impacto directo en el crimen organizado, potenciando el fraude, contrabando y falsificación de medicamentos y materiales sanitarios. Ha aumentado los riesgos de los fraudes realizados a través del ciberespacio, como el phishing. Grupos criminales han reforzado sus actividades de beneficiencia, ofreciendo alimentos y materiales básicos a comunidades desfavorecidas, desde México hasta Centroamérica, con objeto de ganar apoyo social. Adicionalmente, unos cuerpos policiales desbordados por la incidencia de COVID-19 en sus propios miembros, y por la ampliación de sus actividades al control de confinamientos, movilidad, accesos, limita las capacidades para luchar contra la delincuencia y criminalidad. Por otra parte, ha disparado la corrupción, que se materializa en sobreprecios, adjudicaciones sin transparencia o acceso prioritario a la vacunación para colectivos privilegiados.

2.2. CRISIS ECONÓMICA

Derivada de la crisis sanitaria el mundo asiste a la mayor recesión de su historia. Las previsiones del Fondo Monetario Internacional (FMI)) han mejorado a final de año sobre lo esperado, aunque también se ha reducido el esperado rebote en el año 2021.

El PIB habría caído un 3,5% a nivel mundial (FMI, enero 2021), un 4,9% en las economías desarrolladas, un 2,4% en las economías emergentes, pero alcanzando un 7,2% en la Unión Europea o un 7,4% en América Latina y Caribe.

Unas cifras sensiblemente mejores de las estimadas en octubre, y que pueden poner de manifiesto una adaptación de la forma de vida, especialmente económica, a la pandemia, además de una asunción sobre sus impactos en contagios y fallecimientos. Muchos países no recuperarán los niveles previos de PIB hasta más allá 2023. Se ha llegado a hablar de una década perdida en el caso de América Latina y Caribe, si tenemos en cuenta impactos adicionales en endeudamiento, desempleo o pobreza. En el periodo entre 2019 y 2022, y según los datos proyectados por el FMI, el crecimiento en América Latina y Caribe será de un -0,1%, muy lejos de un incremento en China superior a un 20%.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2020) también había alertado sobre los efectos devastadores para la economía latinoamericana. El PIB del bloque se desplomaría un 9,1% en 2020 (la peor cifra desde que hay datos: hace 120 años), el desempleo subiría hasta el 13,5%, la pobreza alcanzaría a un 37,7% de la población (siete puntos más) y la desigualdad seguiría al alza.

Según el Banco Mundial, la crisis empujará a la pobreza extrema a entre 110 y 150 millones de personas este año y el próximo (ingresos inferiores a 1,9 dólares al día). Según el presidente de la institución esta vez la caída es más amplia, más profunda y afecta más a los trabajadores del sector informal y los pobres, especialmente a las mujeres y a los niños, que a quienes tienen más ingresos o activos.

En América Latina y Caribe, según CEPAL, se alcanzará una cifra de 231 millones de pobres (incremento de 45 millones en 2020) y de 96 millones en pobreza extrema (incremento de 28 millones de personas). El número de desempleados llegará a 44 millones (18 millones nuevos en 2020), y más de 2,7 millones de empresas cerrarán en este año.

En materia de desigualdad, el virus no discrimina en cuando a su capacidad de afectación individual, ricos y pobres, norte o sur. Pero sí en las probabilidades de contraer el virus, en las medidas que se adopten, en la capacidad para enfrentarse a los impactos adversos. Discrimina también por edad, y puede agrandar una brecha generacional ya existente, en la que los mayores se preocupan más por la salud (presente) y los jóvenes por el medio ambiente (futuro).

La pandemia incentiva la economía de subsistencia (en las capas sociales y países más afectados) y la economía de plataforma, la compra a golpe de clic, en los países más desarrollados.

Los impactos en seguridad derivados de la crisis económica pueden ser demoledores. Por una parte, el incremento en gasto público y endeudamiento puede favorecer la corrupción. El crimen organizado encuentra, adicionalmente, una oportunidad para la infiltración en la economía legal, además de ganar base de apoyo social a través de su acción benefactora con los más desfavorecidos, a través de la entrega de alimentos o realización de préstamos que no serán gratuitos ni desinteresados.

La prolongación de la crisis sanitaria y económica agravará la conflictividad social, en la medida en que los fondos disponibles por los Estados para enfrentar la situación serán limitados, y los periodos de regulaciones temporales de empleo o prestaciones por desempleo finalicen. La juventud, en los países más frágiles, sentirá que la atracción por el crimen organizado es una de las escasas oportunidades.

2.3. CRISIS POLÍTICA

El Deutsche Bank, en un informe prospectivo, ha calificado los tiempos actuales como "la era del desorden".

Naím (2013) utilizaba la expresión "el final del poder" para titular su ensayo. El poder se presenta altamente fragmentado, con actores tanto estatales como no estatales formando parte de la ecuación del nuevo poder. Además, el poder ha decaído, al no disponer ninguna organización de todas las herramientas que habitualmente acaparaba. Multitud de actores, por multitud de vías, deciden el presente y el futuro. Estados, grandes corporaciones, lobbies, empresas tecnológicas, ciudades, activistas y ciberactivistas, grupos terroristas y de crimen organizado, piratas, desarrollan sus estrategias en aras de sus intereses grupales, de forma directa, violenta o no, o de manera indirecta y opaca a través de diversas formas de influencia. Es en esta línea en la cobra especial relevancia el concepto de "gobernanza criminal", que será posteriormente tratado.

Algún autor, como Bremmer (2012) llegó a apuntar hacia un mundo "*G-Zero*", un mundo en el que nadie manda, aunque sí presenta a vencedores y vencidos. Analizaba lo que ya se veía venir, el declive del multilateralismo y la ausencia de actores que asumieran el liderazgo mundial, mientras alertaba del riesgo de una nueva Guerra Fría 2.0 o un mundo regionalizado en lugar de globalizado, o alternativamente otros escenarios disruptivos.

En este contexto, el nacionalismo gana fuerza en el mundo, mientras que ciudadanos de diversos países, en contextos de libertad democrática, optan por líderes y gobiernos de corte autoritario y proteccionista.

El contexto pandémico y post pandémico incidirá en la fragilidad estatal de muchas naciones, la corrupción y posiblemente la violencia criminal. El desorden favorece la acción de actores no estatales, como el terrorismo y el crimen organizado. Un facilitador adicional sería, en países escasos de recursos, la utilización de las fuerzas de seguridad en apoyo a tareas vinculadas a la gestión de la pandemia, como el control de toques de queda o de movilidad, que reduce los efectivos dedicados puramente a la seguridad pública y ciudadana.

2.4. CRISIS SOCIAL

La polarización extrema, en tiempos de extrema desconfianza, incrementarán el desorden o conflictividad social. La COVID-19 genera miedo, ante la propia enfermedad que ha mostrado la capacidad de acabar con la vida de cualquier persona. El miedo prolongado en el tiempo lleva a la ansiedad. La falta de perspectivas sobre futuro, y el pesimismo social instaurado, puede producir elevados niveles de frustración que, a su vez, pueden conducir a la ira. En la ira se señala a presumibles culpables de la situación y se inicia un proceso que pudiera llevar a la violencia. La gestión de la pandemia ya está dejando evidencias de ese aumento de violencia, incluso en países europeos como Italia, Francia, Países Bajos, Alemania y España. Es importante recordar que la conflictividad social global ya era muy elevada a finales de 2019, antes de la pandemia, con protestas en Chile, Colombia, Ecuador, Hong Kong, Francia o Cataluña. Y durante en 2020 se ha disparado en Estados Unidos a causa de violencia policial racial o los resultados electorales. No es descabellado alertar sobre una renovación del activismo en las calles, con movimientos tanto tradicionales como movimientos negacionistas, conspiratorios o contrarios a las medidas implementadas para luchar contra la pandemia.

Pensemos que estos fenómenos de desorden social sufren de dos posibles drivers: efecto imitación o cascada (movimientos indignados, la mal llamada Primavera Árabe, las protestas contra la violencia racial, los intentos por expandir el movimiento de Chalecos Amarillos, o las recientes protestas en diversos países contra las medidas de confinamiento y limitaciones de derechos a causa de la pandemia) y efecto infiltración de grupos violentos radicales, en aras de sus supuestas posiciones ideológicas, y de delincuentes y oportunistas que aprovechan

el caos para llevar a cabo saqueos o simplemente exaltar la violencia en momentos de nihilismo. En este contexto, países de América y Latina ya presentan elevados indicios de conflictividad social y/o señales sobre su futuro desarrollo: Perú, Colombia, Chile, Brasil, Guatemala, Costa Rica, simplemente como ejemplos de los últimos casos de mayor impacto.

2.5. CRISIS DE PRINCIPIOS Y VALORES

No es habitual destacar, como cuestión específica, esta tipología de crisis. En primer lugar, destaca la anomia social, aquel estado que deriva de la inexistencia de reglas sociales, o bien de su degradación o eliminación, hasta el punto de no respetarse. Los individuos pueden llegar a pensar que las normas impuestas carecen de sentido, de justicia, de equidad, y llegan a plantearse, si no lo hacen directamente, su incumplimiento. La errática gestión de la pandemia lleva a que los episodios de desobediencia a las normas proliferen (manifestaciones sin respetar normas, negativa a mascarillas o PCRs o vacunas), con el riesgo de aumentar a medida que el ciudadano perciba aún en mayor grado los brutales impactos económicos y sociales, a lo que se une un creciente hartazgo e ira.

A la anomia social habría que unir la estulticia y superficialidad, que tiene en las redes sociales un potente difusor, junto a la ignominia derivada de un crecimiento acelerado y exponencial del individualismo extremo y la intolerancia.

El individualismo se potencia debido tanto a la incapacidad de las instituciones para enfrentar los riesgos colectivos de nuestras sociedades como por el incremento de poder individual para eliminar intermediarios. Para la Organización de Naciones Unidas sería "el proceso que permite a las personas tener un mayor control sobre sus propias vidas y sobre los factores y decisiones que las conforman" (ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2012). El empoderamiento individual está considerado como una de las principales bases para el progreso de las sociedades (GRAF, GHEZ, KHODYAKOV Y YAQUB, 2015).

La COVID-19 ha replegado a los ciudadanos hacia sus microcosmos, sus viviendas, acelerando las capacidades individuales para gestionar sus vidas con la mínima interacción social y participación de intermediarios.

La pandemia reactiva la reflexión, de nuevo, sobre los cambios sociales que se avecinan, afectando a las formas de pensar y vivir, y modificando pautas de trabajo, consumo y ocio. La pandemia ha hecho retroceder al ciudadano y buscar refugio en su vivienda y en su comunidad más cercana (familia, vecino, barrio). El

hogar se convierte en el centro, tras meses escuchando que la acción debido es "quedarse en casa". Este hogar se convierte en el centro de mando y control del individuo, desarrollando sus capacidades para interactuar con el exterior con objeto de trabajar, estudiar, disfrutar del ocio, acceder a bienes y servicios, comunicarse. El ciudadano de 2020 incrementa su preocupación por cuestiones vinculadas a salud, bienestar y cambio climático. Mientras hablamos de desglobalización política y económica, existe un impulso contrario a la globalización a causa del carácter de nuevos riesgos que pueden no entender de fronteras.

Medioambiente y sostenibilidad centrarán las agendas internacionales, además de las preocupaciones ciudadanas. El acceso y disponibilidad de alimentos y recursos también suben puestos en las cuestiones que mayores riesgos de seguridad pueden generar en el futuro. La COVID-19 potencia claramente el riesgo de crisis alimentarias.

Adicionalmente, la propia sociedad va manifestando megatendencias continuadas, como el envejecimiento de la población o la urbanización. Circunstancias que no son ajenas a las lecciones que ofrece una pandemia, en un momento en que los recursos públicos sanitarios y asistenciales están desbordados. El proceso de urbanización puede acentuar desigualdades económicas, sociales y tecnológicas, produciendo una guetificación del entorno urbano.

Los impactos en seguridad de estos cambios de principios y valores son extraordinarios, aunque difíciles de ponderar. Sin duda, se potenciarán los ciberataques, las suplantaciones de identidad, los ataques dirigidos y sofisticados, la explotación de información biométrica. La convergencia entre vida profesional y personal aumenta los vectores de ataque, facilitando phishing, ransomware o el fraude al CEO. El riesgo de insiders, las amenazas de origen interno para las organizaciones, en momentos de incertidumbre laboral y crisis económica, se amplifica.

2.6. GLOBALIZACIÓN TECNO-DIGITAL

La reducción de la interacción en los espacios físicos y de socialización lleva a organizaciones y ciudadanos a utilizar masivamente los entornos digitales. Se impone la economía de plataformas, la economía de clic, de supermercado digital (efecto Amazon o Netflix). La parcial desglobalización física incide en el crecimiento de la globalización digital, pero sin olvidar que mundo físico y lógico convergen e incluso llegan a hibridarse. Lo que sucede en el ámbito físico incide

en el ciberespacio: el descontento en las calles se amplifica en las redes y puede generar hacktivismo. De igual forma, lo que sucede en el ciberespacio se puede manifestar en lo físico: un ciberataque como parte del modus operandi de un grupo terrorista, orientado a causar víctimas.

El panóptico digital, concepto acuñado a finales del siglo XVIII por Jeremy Bentham como modelo para vigilar a todos desde un único punto, avanza de forma imparable. Su orientación inicial era la aplicación a la vigilancia de prisiones, escuelas, hospitales. La pandemia está suponiendo la imposición de fuertes limitaciones en los derechos y libertades. Medidas que deben ser absolutamente justificadas y excepcionales. Y deben eliminarse en cuanto cambie el contexto. Algunos gobiernos e instituciones tendrán la tentación de prolongar el estado de vigilancia y control social con fines partidistas, avanzando hacia modelos autocráticos.

La globalización digital aumenta la importancia del dato y de la información, que siguen cobrando más valor, y por lo tanto siendo un objetivo de los cibercriminales. La tecnología es un facilitador para los grupos criminales, pero es al mismo tiempo la vía para luchar contra los nuevos fenómenos delictivos. Los grupos de crimen organizado están acelerando, como sucede en el ámbito empresarial, sus procesos de transformación digital, aprovechando sus elevados ingresos para invertir tanto en tecnología como en talento.

Posiblemente la tecnología sea el mayor *game changer* en los tiempos actuales. Modifica las relaciones sociales, los hábitos de ocio y consumo, incluso las capacidades cognitivas (y no siempre para bien). Comienzan a aparecer estudios, que necesitarán tiempo para contrastarse, sobre los efectos en el cerebro, el pensamiento, o la memoria. Las nuevas tecnologías suponen un progreso para la humanidad, pero en ocasiones presentan nuevos riesgos y nuevas formas de esclavitud o dependencia tecnológica.

3. EVIDENCIAS EN EL CRIMEN ORGANIZADO

La pandemia se ha erguido en oportunidad comercial para muchos negocios, tanto lícitos como ilícitos, creando nuevos escenarios de rentabilidad para el crimen organizado y grupos terroristas.

En atención a varios informes internacionales que han estudiado la afectación del COVID sobre el crimen organizado, como el realizado por EUROPOL en mayo de 2020, se confirma que esta criminalidad se ha mantenido

resistente y adaptable a los cambios, dando lugar a nuevos modus operandi y moldeándose a nuevos canales.

Con objeto de entender en mayor detalle cómo la pandemia ha incidido en esta modalidad criminal hasta la fecha y poder concluir si, efectivamente, estas afirmaciones son extensibles a América Latina y Europa, es interesante observar cómo el crimen organizado ha variado, o no, desde inicios de 2020 hasta el momento.

Una forma estructurada de entender el análisis que se presenta es agrupar los diferentes indicadores detectados en torno a las tres grandes esferas de actuación del crimen organizado utilizadas en sus investigaciones por UNICRI (Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia). Estas son:

- Nuevas oportunidades y mercados
- Control del territorio
- Infiltración en la economía legal

Una vez realizada esta agrupación se desprenden, con mayor facilidad, algunos de los principales efectos en seguridad que este nuevo escenario está procurando cuyo control pone de manifiesto grandes desafíos venideros en su prevención.

3.1. NUEVAS OPORTUNIDADES Y MERCADOS

Una de las grandes esferas que definen la criminalidad organizada es su vertiente empresarial, siendo inexorable a su funcionamiento la lógica de mercado, aunque en este caso nos refiramos a bienes, rutas, mecanismos o ganancias ilícitas.

- La oferta de productos farmacéuticos proporcionada por los mercados convencionales ha sido inferior a la fulgurante demanda que se ha generado de determinados bienes durante la pandemia. Este escenario ha sido ampliamente aprovechado por las redes ilícitas para satisfacer el consumo poblacional, efecto que se registró a uno y otro lado del Atlántico.

  Este contexto se ha materializado de diferentes formas:

- El crimen organizado se sirvió de las menores exigencias de cumplimiento normativo en materia de movilidad de material médico (OECD, 2020).

- Los productos en sí también fueron fruto de alteración, aumentado la venta de bienes falsificados (THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 2020).

- Se incrementó el uso de las vías tradicionales de suministro, como es la participación de actores relacionados con el crimen organizado en licitaciones gubernamentales de estos productos, así como la apertura de nuevas cadenas y rutas de suministro (UNODC, 2020).

- Acompañando a la propagación del virus se registraron confinamientos y cierres generalizados de los sectores económicos no esenciales, dejando tras de sí multitud de negocios avocados a grandes pérdidas o al cierre.

Esta vulnerabilidad fue respondida con un aumento de la inversión de las redes ilícitas en estos negocios, que han visto en ellos la posibilidad de abrir nuevos mercados, beneficiarse de rutas hasta ahora no utilizadas o, cuando menos, blanquear sus fondos. Varios indicadores ponen de manifiesto esta dinámica:

- Adquisición de negocios ante la dificultad o imposibilidad de sus propietarios de continuar (UNODC, 2020).

- Inversión en los mismos a través de prestamos (ampliación en el sub-apartado de control del territorio).

- O, por el contrario, un incremento de las extorsiones a estos, derivado de la reducción de beneficios en terceras actividades (GLOBAL INITIATIVE, 2020).

- La prohibición en el consumo de ciertos productos, o su escasez en el mercado tradicional, también ha facilitado desde la inmersión del crimen organizado en nuevos sectores -generando una ampliación del mercado negro-, hasta el crecimiento de los ya ostentados.

  En este caso se han dado múltiples dinámicas: redes de contrabando de tabaco en Paraguay han incluido el cannabis en su oferta a fin de cubrir la demanda local; en el caso de las maras en Centroamérica el trafico de

cocaína y cannabis ha pasado a ser su negocio secundario; y en multitud ejemplos de Brasil a México la criminalidad organizada ha distribuido alimentos y bienes de primera necesidad (ARON, 2020).

- Sin tratarse en este caso de un nuevo mercado se destaca que, en paralelo a estas crecientes oportunidades comerciales, alguno de los principales macro-indicadores asociados al crimen organizado, en particular al tráfico de drogas, no se ha visto apenas afectado redundando, por ende, en la mayor fortaleza que se viene analizando. Siguiendo los estudios realizados por GLOBAL INITIATIVE (2020):

    - La producción de adormidera (de la que, entre otras aplicaciones, se obtiene el opio que permite producir la heroína) en América Latina no se ha visto mermada.

    - En lo que respecta a la plantación de coca, actividad en la que destaca Perú, Bolivia y Colombia, este último el principal productor del mundo, los récords en cifras de cosecha que se venían registrando se han sumado a la suspensión de las labores de erradicación de cultivos a consecuencia de la pandemia.

    - La producción de cannabis se ha mantenido relativamente estable a lo largo de todo 2020. Su dispensa por parte del crimen organizado, que venía lidiando con su legalización en diferentes países, tuvo por el contrario un margen de mejora en los mercados donde estos negocios tuvieron que cerrar. Se destaca en este caso el ejemplo positivo de Canadá país que, en previsión de una mayor penetración de las redes ilícitas para cubrir esta demanda, incluyó los establecimientos de venta de cannabis dentro de los "servicios esenciales".

    - Las sustancias sintéticas como la metanfetamina o el fentanilo, en auge en territorios como México, se puede entender que se han visto mermadas por la ausencia de precursores necesarios para su fabricación ante el cese del comercio internacional, pues su procedencia en el país azteca es casi exclusivamente china. Sin embargo, siguiendo el citado estudio de Global Initiative, diferentes actores como son los exportadores asiáticos de estos

componentes, afirman no haber tenido un descenso en sus operaciones.

En este punto cabe hacer un paréntesis en el que comprender cómo ante un aparente cierre de mercados a nivel internacional, se puede mantener una actividad así. La respuesta va más allá de lo que parece obvio. Si se observan los datos de tránsito de mercancías marítimas registrado por la agencia EeSea, durante 2020 a nivel global solo se cancelaron en torno al 11% de los viajes. Si a esto unimos que el gigante asiático no solo ha mantenido su transporte ferroviario indemne, sino que registró cifras record durante 2020 se puede concluir un mantenimiento de la gran logística internacional, de la que también se sirven los actores ilegales, pese a la pandemia.

Dentro de esta ejecutiva fotografía de cómo ha evolucionado el tráfico de sustancias psicotrópicas durante 2020, se ha de valorar también que, si bien se han dado irrupciones temporales en la cadena de suministro, y con ello en la demanda y en los precios, como ha sucedido con la cocaína, los propios traficantes también han hecho acopio intencionado de producto, a expensas de mantener reservas ante una previsible escasez, así como con objeto de moderar el impacto sobre los precios (MUSTIAN, J y BLEIBERG, J, 2020).

- Como estrategia de mercado durante 2020 se ha registrado, no solo un aumento de la actividad criminal organizada en el entorno online, sino también un trasvase de actores enfocados en el mercado tradicional en aprovechamiento de nuevas oportunidades del entorno ciber (BRACCI et al., 2021). De nuevo, varios factores han contribuido a esta dinámica, entre los que se destaca, siguiendo las conclusiones enumeradas por INTERPOL y ENACT (2020):

    - La posibilidad de mantener u obtener una ganancia económica no limitada geográficamente ni afectada por restricciones de movimiento.

    - El incremento de la pobreza y el desempleo, junto a una mayor masa de jóvenes con conocimientos tecnológicos y sin recursos, susceptibles de ser captados para estas prácticas.

    - La facilidad de acceso a internet unida a la falta de infraestructura técnica que permita la prevención de delitos en el entorno del hogar.

- La ignorancia o mal uso de las nuevas tecnologías junto al fulgurante incremento, no solo de su utilización, sino del empleo de estas para realizar transacciones online.
- El mayor uso de las redes sociales.
- La falta de conciencia general sobre los riesgos a los que se puede estar expuesto.
- Y la inestabilidad política y el incremento de los problemas sociales.

3.2. CONTROL DEL TERRITORIO

A modo de nexo inseparable de la dimensión de mercado, se encuentra el control del territorio sin el cual el crimen organizado no tendría cabida. Los indicadores que permiten medir su incidencia son variados, destacando: la corrupción, el control de rutas, la legitimización de sus actos en el entorno poblacional en el que operan, su impregnación en la cultura popular o su inmersión en actividades lícitas, entre otros. En este ámbito, el COVID también ha dado lugar a nuevos escenarios de los cuales esta criminalidad ha sabido sacar rédito:

- Grandes porcentajes de población se han visto abocados a situaciones de necesidad derivadas de la pérdida de ingresos, de la escasez de bienes de primera necesidad incluso del desigual acceso a los recursos sanitarios. En este contexto se han registrado múltiples iniciativas tildadas de "sociales" en las que la criminalidad organizada ha emergido a modo de ONG (DE CÓRDOBA, 2020); como prestamista (SAVIANO, 2021); o incluso solventando el vacío de poder dejado por los estados, ya sea incautos, o bien incapaces de hacer frente a estas necesidades (FAJARDO, 2020).

Lejos de entender estas acciones cual buen samaritano, se ha de valorar la legitimidad social que brinda a organizaciones de esta naturaleza el erguirse como única alternativa ante escenarios de calamidad colectiva. Se genera así una reciprocidad, no solo de adhesión social, sino de apoyo al mantenimiento de estas redes informales, llegando a procurar la perpetuación de prácticas de protección a su existencia.

- Guardando estrecha relación con estas dinámicas, y con especial incidencia en la región de América Latina, aunque de afectación

internacional, se observa una mayor tasa de la población vulnerable a la esclavitud. Los fenómenos de esclavitud moderna que abarcan los trabajos forzosos, la trata de personas y la explotación infantil entre otras formas, se han visto, y se mantendrán al alza. Los que ya se encuentran en esta situación se ven expuestos a una mayor vulnerabilidad por su exposición al virus, imposibilidad de confinarse, etc., dejándolos a merced de más riesgos a los ya vividos, así como a una acentuada exclusión social al no poder acceder a canales formales de ayuda o sanitarios.

El amento del desempleo, unido a la masa poblacional dependiente del trabajo informal estimada en 1600 millones (ILM, 2020), también ha incidido en una mayor "oferta" de personas vulnerables a estas prácticas.

Si analizamos estas consecuencias en su conjunto, sin dejar de lado el debilitamiento de la acción civil y estatal en su prevención, nos encontramos con una mayor masa poblacional en riesgo de interaccionar, voluntaria o forzosamente, con el crimen organizado (UNODC, 2020).

El alcance que puede llegar a adquirir esta dimensión de "control del territorio" está estrechamente relacionado con la reorganización de prioridades o imposibilidad de destinar recursos estatales a las necesidades subyacentes a la crisis generada por la pandemia. Como resultado, la crisis sanitaria y económica se ha convertido también en un corto periodo de tiempo en una crisis de liderazgo y gobernanza en la que el crimen organizado ha sabido posicionarse.

En contrapartida al elevado tránsito logístico que se ha registrado aún en momentos de cierre de fronteras, se ha dado una reducción del control de aduanas por falta de personal. Los organismos financieros supervisores también se han visto sometidos a una presión de trabajo que impidió mantener el nivel de los controles previos (VITTORI, 2020). Incluso la laxitud temporal de requisitos legales que ciertos productos farmacéuticos debían cumplir en algunas regiones, como ha sido en la UE, se aprovechó para la citada participación de actores delictivos en concursos públicos y distribuciones oficiales (OECD, 2020).

Y esta tipología de acciones no es la única a considerar, pues en los momentos de mayor desesperación social fueron también las redes ilícitas quienes se pusieron al mando. En Brasil, ante la creciente indiferencia de su presidente a la propagación del COVID, fueron las pandillas las que decretaron confinamientos en las favelas a fin de evitar un incremento de los contagios (GLOBAL INITIATIVE, 2020). En México, siguiendo el ejemplo ya visto, los grupos de

crimen organizado se encargaron de entregar cestas de alimentos y productos desinfectantes a las poblaciones ajenas a la ayuda estatal (UNODC, 2020).

3.3. INFILTRACIÓN EN LA ECONOMÍA LEGAL

En los diferentes indicadores que se han venido exponiendo se hace palpable la mayor infiltración que las redes ilícitas han tenido en la economía legal. Esta penetración no es solo problemática en tanto supone una fuente "lícita" de recursos económicos, sino que ha de ser también evaluada, de ahí que derive de las anteriores, como palanca imprescindible en el control del territorio y en el aprovechamiento de nuevas oportunidades comerciales, generando una retroalimentación del sistema. Se pone así en peligro no solo los flujos de dinero privado, sino también los públicos.

La presentación en licitaciones públicas en la venta de productos sanitarios; la adquisición o participación en negocios que se han visto avocados a pérdidas o cierre (en particular los de servicios como es el turismo, la hostelería, el transporte o los de belleza); el conocimiento de nuevas rutas y actores comerciales derivado de las situaciones anteriores o la citada condición de prestatarios son algunos ejemplos de este mayor alcance legal de las redes criminales.

3.4. EFECTOS EN SEGURIDAD

Cada una de las dinámicas estudiadas evidencian desafíos que se deben afrontar en prevención de un mayor poder del crimen organizado a nivel internacional.

Las mayores cuotas de mercado no se traducen solo en más beneficios, sino también en poder, en vulnerabilidad de las instancias estatales y de la población, en la obtención de nuevos canales de operaciones y en el establecimiento de nuevas alianzas. Se genera así una hegemonía organizativa y financiera de grandes grupos de crimen organizado frente a estados debilitados, empobrecidos, líderes políticos sin liderazgo y ciudadanos desafectos.

Hablar de alianzas en un momento en que la polarización social se encuentra al alza casi de manera generalizada es quizá uno de los mayores desafíos que debamos enfrentar antes de tratar de subvertir los réditos obtenidos por la criminalidad organizada. Tal es la necesidad de establecer pactos y conexiones que, dentro del propio crimen organizado mexicano, uno de los más fragmentados que

se ha conocido en su historia, hay investigadores que apuntan a indicios de un posible pacto entre cárteles a fin de lograr una mayor fortaleza ante la crisis (KEEGAN, 2020).

A nivel de salud púbica, y no solo de seguridad, se ha de valorar el impacto directo que puede generar sobre la población el control del crimen organizado de cadenas de suministro de bienes de primera necesidad. Cuestión no menos relevante en términos sanitarios es también la mayor circulación que se puede dar de sustancias de menor pureza, al estar estas aún más cortadas a fin de disponer de suficiente mercancía de venta.

Tras este breve estudio cabe concluir que, sabiendo que el crimen organizado es un negocio en sí mismo que ha nacido para capitalizar las debilidades y disfunciones de la gobernanza, puede que no hayamos vivido en la historia reciente un momento de mayor vulnerabilidad ante él.

4. GOBERNANZA CRIMINAL Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL CRIMEN ORGANIZADO

Dos cuestiones, apuntadas tanto en el análisis macro previo (contexto político, económico, social y tecnológico) como en la enumeración y clasificación de evidencias de estos últimos meses, destacan como grandes tendencias, tanto por su impacto como por su extensión geográfica y temporal: la gobernanza criminal y la transformación digital del crimen organizado. Ambas tendencias muestran signos de incremento y prolongación más allá del medio plazo, incluso afectando por completo a la década que se inicia, con mayor motivo si se pone en relación con los tiempos precisos que supone la implementación de las necesarias políticas y las dificultades estatales, al menos en cuanto a disponibilidad de recursos, que la pandemia genera.

4.1. GOBERNANZA CRIMINAL

Uno de los mayores riesgos futuros es el crecimiento de la denominada "gobernanza criminal" (Insight Crime, 2020). Se trata de un concepto no excesivamente desarrollado en la literatura y análisis criminal, y utilizado en ocasiones con diferentes significados. Arias (2006) o Daniel (2015) se refieren a la gobernanza criminal como el ejercicio de autoridad de un grupo delictivo sobre la sociedad, a través de la regulación. Pero en otros casos, se emplea para definir aquellos sistemas políticos que han sido infiltrados directamente por el crimen organizado, o cuyas estructuras políticas son dirigidas por grupos criminales. En

la primera de las acepciones referidas, son directamente los grupos criminales quienes imponen conductas sociales a los ciudadanos, recaudan impuestos y configuran el día a día de espacios geográficos determinados. En la segunda de las acepciones, centrada en la corrupción como elemento central, el ejercicio del poder criminal se realiza de manera indirecta. No pretenden sustituir a los representantes públicos, pero sí influir en su designación o caída, y en sus acciones a lo largo de sus mandatos. El objetivo de los grupos organizados no es ejercer un poder político, es el lucro económico. Pero el control político es un claro facilitador. Pero para ello no necesitan regular la gestión del bien público en su total dimensión.

En ambos sentidos, y atendiendo a lo señalado en el apartado anterior, los cárteles mexicanos, el Primer Comando Capital en Brasil, o las FARC y el ELN en Colombia son claros ejemplos de gobernanza criminal.

Para poder determinar si estamos ante una tendencia, eliminando la subjetividad de apreciaciones cualitativas y temporales, sería preciso determinar los elementos que pueden caracterizar a la gobernanza criminal, y que permita realizar comparaciones entre zonas geográficas y entre diferentes momentos. Atendiendo a teorías del orden social que emerge en las zonas de conflicto (ARJONA, 2016; WEINSTEIN, 2007; ARIAS, 2017) sobre la criminalidad en América Latina, sería posible definir la gobernanza criminal como el conjunto de instituciones establecidas por una organización delincuencial para manejar las relaciones con los civiles que viven en su área de control territorial y que toman la forma de un sistema de extracción y regulación de la sociedad.

Especial referencia para este fin tiene el trabajo de Arjona (2016), donde el orden implicaría la existencia de un tipo de contrato social formal o informal entre civiles y criminales, con una intervención de estos en los asuntos civiles que pudiera ser mínima (*aliocracy*) o amplia (*rebelocracy*).

En esta línea cobra especial interés la determinación de las variables que pudieran caracterizar la gobernanza criminal, e incluso identificar una serie de indicadores que facilitaran la comparación temporal y geográfica, con el objeto de poder determinar la tendencia. En base a los conceptos planteados, y adaptando lo señalado por Cohen y Blanco (2014) con relación a las dimensiones del control de los cárteles mexicanos, se pueden establecer los siguientes elementos configuradores:

a) Control territorial. Un área geográfica determinada de poder, a través no sólo de la violencia, con influencia en el sistema político, económico y social.

b) Control económico. Un primer elemento definitorio sería la existencia de un sistema de extracción, una tributación hacia los grupos criminales (cobro de piso, extorsiones, etc.). Los grupos criminales tienen un funcionamiento empresarial, constituyéndose como multinacionales del crimen, y con ramificaciones también en la economía legal. La pandemia ha mostrado una inmediata diversificación de actividades, así como ha despertado el riesgo de un mayor control de la dimensión económica a través de la corrupción, en momento de incremento de gasto público para atender la crisis, o de la infiltración en sectores económicos deficitarios o el control de negocios que no podrán hacer frente a los intereses que los grupos criminales exigirán por salvar la actividad.

c) Control institucional. Aun cuando en sus inicios el término "crimen organizado", surge fruto de acciones individuales propensas a la complicidad en su comisión, si se lleva a cabo un pormenorizado análisis bibliográfico, en uno u otro territorio, subyace inequívocamente un elemento común: su funcionamiento no puede ser entendido sin el abrigo de la corrupción (BEITTEL, 2011). Las evidencias sobre casos de corrupción derivados de la gestión del coronavirus resultan innumerables. Por otra parte, y como elemento adicional de gobernanza criminal, se destaca la acción directa ejercida sobre cargos públicos, una de cuyas manifestaciones e indicadores son el número de asesinatos políticos realizados, así como la influencia en los procesos electorales.

d) Control social. Una primera variable sería la capacidad de los grupos criminales para dictar acciones colectivas, como protestas, paros, control de la movilidad, cumplimiento de medidas de cuarentena y toques de queda, así como la aplicación de reglas y normas de conducta. Las evidencias de esta situación se producen claramente en Brasil (PPC), México y el Triángulo Norte, con expansión paulatina a países limítrofes, como Paraguay, Costa Rica, Panamá. La segunda variable estaría representada por las acciones encaminadas a aumentar la base social de apoyo de estos grupos, a través de las acciones de beneficiencia que desarrollan o la concesión de préstamos que generarán una deuda perpetua en los prestatarios. Una tercera variable sería la aplicación de sistemas formales o informales de solución de disputas, sustituyendo de esta manera

la acción estatal, en muchas ocasiones sin recursos o ineficiente. Las pautas socioculturales se transforman, se modifica el ámbito social y éste pasa a adoptar las características propias de una narcosociedad (VILLATORO, 2012).

e) Dimensión cultural. La actuación de los cárteles sobre un territorio no sólo afecta a la composición institucional, autoridad estatal o regional, o mercados, sino que llega a trascender a los elementos sociales más identitarios. El diseño y la ejecución de sus acciones no es fortuito, su objetivo es dar credibilidad a su mensaje y sostenibilidad a su narrativa. Se trata de obtener legitimidad en sus acciones, bien a través de apoyo social, bien como imperativo, para lo que se sirven de acciones de múltiple naturaleza: decapitaciones de cadáveres, narcocorridos (música que ensalza las acciones de sus crímenes, pura apología criminal), narconovelas, culto a narcosantos, propaganda, vestimenta propia, narcomantas (pancartas utilizadas para hacerlos mensajes de forma pública), narcomensajes (utilizando el cuerpo de una víctima –y la disposición de éste-como mensaje hacia terceros), etc. Se entiendo como narcocultura aquellos elementos, símbolos y rituales que permiten a un miembro de un cártel identificarse como parte de la comunidad, ser reconocido por la realización de su trabajo y justificar el terror inherente a su actividad. Es por tanto una herramienta más que, sumada a las descritas, contribuye a afianzar el poder, el miedo, la subordinación y la legitimidad de su actuación y cuyos mensajes son especialmente permeables a los más jóvenes y las clases sociales más desfavorecidas.

4.2. TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y CIBERCRIMINALIDAD

La transformación digital producida por la pandemia, acelerando procesos que afectan a las personas y las empresas de una forma acelerada, no es ajena a los grupos criminales, que cuentan con recursos económicos para realizar una migración de operaciones hacia delitos cibernéticos o utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La COVID-19 ha llegado para quedarse, modificando absolutamente nuestra forma de vida: trabajo, ocio y entretenimiento, consumo o comunicación. Todos estos cambios acentuarán los ya de por sí crecientes riesgos en el ciberespacio, con ataques más sofisticados, combinados y orientados a objetivos más específicos, a medida que los ciudadanos incrementan su exposición digital.

En el proceso continuo de evolución y adaptación del crimen organizado estos grupos delictivos encontrarán un mayor campo de acción. Por una parte, sus ataques se dirigirán contra estados y grandes empresas, accediendo a información sensible, como bases de datos, patentes y otras innovaciones, como está sucediendo con el desarrollo de vacunas. Y contra los ciudadanos en general a través de fraudes, extorsiones y suplantaciones de identidad.

Entre las principales ciberamenazas actuales, y al margen de los efectos potenciadores de la pandemia, destacan aspectos como el incremento de las acciones ligadas a actores estatales ejecutando operaciones de influencia, propaganda o desinformación; la mejora de las capacidades técnicas y operativas de actores ligados a la delincuencia económica; el incremento de los impactos contra sistemas ciberfísicos, bien como objetivo final, bien como daño colateral en ataques a infraestructura IT; o la explotación de sistemas expuestos a Internet por todo tipo de actores.

La Fundación para la Investigación Aplicada en Delincuencia y Seguridad (FIADYS, 2020) destaca cómo el confinamiento ha supuesto una explosión e incremento exponencial de las actividades tanto lícitas como ilícitas, tanto en aquellas que ya se producían en la red como otras que surgen como oportunidad directa de la pandemia: aumento de los dominios maliciosos relacionados con el COVID y productos sanitarios, ciberataques, robo de datos, fraudes, sexting y consumo de pornografía infantil, entre otras.

La COVID-19, en parte, no ha hecho más que acelerar un proceso en curso, que ya permitía idenficar diversos facilitadores del fraude digital: la transformación digital, el desarrollo de nuevas formas de pago, la larga cadena de valor de empresas (proveedores, transportistas, intermediarios, clientes), la exposición de 24 horas al día los 365 días al año, la proliferación de dispositivos móviles (smartphones, tablets, aplicacioens de salud, apps), el outsourcing (en un entorno hiperespecializado las empresas externalizan servicios no esenciales), la computación en la nube, el avance del Internet de las cosas o la pujanza del "crimen como servicio". En muchas ocasiones aspectos que están más ligados a la psicología de la posible víctima que a cuestiones tecnológicas, al margen de la necesaria concienciación: los sesgos de información que llevan a asumir el contenido de las noticias falsas y la desinformación, los hábitos de consumo online que facilitan los phishing que simulan a empresas de correos y paquetería, la aceleración y prisas en el desempeño laboral, que limitan la capacidad para analizar los riesgos de un correo antes de responder o descargar un fichero adjunto, o las vulnerabilidades personales e individuales (consumo, ocio, sexo, soledad).

CONCLUSIONES

La COVID-19 ha demostrado, de nuevo, la capacidad del crimen organizado para adaptarse a la nueva situación, encontrando diversidad de oportunidades en el caos global generado por la pandemia. En este sentido, el crimen organizado no es únicamente un fenómeno resiliente, sino antifrágil (TALEB, 2013), que puede fortalecerse ante la adversidad.

Un análisis del contexto político, económico, social, y tecnológico, orientado a reflexionar sobre un mundo post COVID, lleva a considerar un potencial incremento del crimen organizado en los próximos años. Todos los drivers del futuro (crisis económica, fragilidad estatal, desempleo, hábitos sociales, etc.) se pueden configurar como facilitadores/potenciadores del crimen organizado, frente a la ausencia, escasez y reducción de posibles inhibidores (cooperación internacional, mejoras en gobernanza, lucha contra la corrupción y el blanqueo, recursos policiales, desarrollo humano -sanidad, educación, vivienda).

Dentro del control multidimensional que el crimen organizado persigue (geográfico, económico, institucional, social y cultural) se puede apuntar hacia un fortalecimiento de la "gobernanza criminal": grupos criminales decidiendo y ejecutando estados de sitio, de alarma, ofreciendo ayudas y préstamos, oferta y demanda de bienes esenciales, y dictando normas y reglas de funcionamiento social. La fragmentación de las estructuras internacionales, nacionales, regionales y locales, causada por el virus, es un gran dinamizador del crimen organizado. La incapacidad o extremas limitaciones de los estados para enfrentar la situación facilita una sustitución de sus funciones por los grupos criminales, con unas fuerzas de seguridad desbordadas por tareas adicionales generadas por la necesidad de controlar movilidad y toques de queda. Un contexto en el que la base social de apoyo a la delincuencia, con una anomia social disparada, aumenta.

La crisis afectará de forma desigual a los grupos criminales, con una posible tendencia contraria a la atomización, y favorable a la cooperación y los acuerdos y la potenciación de las organizaciones más grandes y poderosas, que tendrán más recursos para diversificar actividades o activar cadenas de suministro y de tráfico por vías y rutas diferentes.

En base a lo señalado en este artículo, cobran especial importancia todas las capacidades de inteligencia. Si se admite que la crisis de seguridad, presente y potencialmente futura, está a su vez condicionada por una crisis política, social, económica, o por el desarrollo tecnológico, resulta evidente que la solución no

radica en la acción policial ni en la militarización de la seguridad pública y ciudadana. La única manera de enfrentar los viejos y nuevos riesgos de seguridad es a través del desarrollo de políticas holísticas, que actúen en mayor medida sobre las causas y no únicamente sobre los impactos.

Adicionalmente, la prospectiva introduce una capacidad de reflexión contina sobre el futuro, a través de una monitorización continua para la detección de tendencias, su evaluación, la identificación de señales débiles y la capacidad para generar alertas tempranas. Una prospectiva, que lejos de informes concretos orientados a una temática y fecha futura, se debe plantear como sistemas de gestión y análisis de información basados en indicadores, y con confluencia de metodologías tanto cualitativas como cuantitativas, aprovechando la ingente disponibilidad de datos. Una inteligencia, por otra parte, orientada a la toma de decisiones, ante un fenómeno que ha mostrado su resiliencia y en una lucha que no está siendo exitosa, siendo un claro ejemplo el fracaso de la lucha contra el tráfico internacional de drogas. El crimen organizado es un fenómeno opaco, complejo, evolutivo y transnacional, siendo complejo su enfrentamiento desde la estructura tradicional del estado nación y la reducción del multilateralismo y la cooperación internacional que causa la atención al coronavirus. En un mundo con menor globalización física, pero extremadamente digital, en el que el virus lleva a los ciudadanos se replieguen y a que su entorno de seguridad sea el hogar (la actual fortaleza), la vecindad, el barrio y el municipio cobran mayor valor como actores configuradores de la seguridad o la inseguridad. Pero precisamente es este contexto en el que mejor se maneja el crimen organizado.

REFERENCIAS

ARIAS, E. D. *The Dynamics of Criminal Governance: Networks and Social Order in Rio de Janeiro*. Journal on Latin American Studies, 38, 293-325, 2006.

ARIAS, E. D. *Criminal Enterprises and Governance in Latin America and the Caribbean.* Cambridge University Press, 2017

ARJONA, A. *Rebelocracy: Social Order in the Colombian Civil War*. New York: Cambridge University Press, 2016

ARON, H. How organised crime is exploiting Covid-19. Times Live, abril de 2020. Disponible en: <https://www.timeslive.co.za/news/south-africa/2020-04-18-how-organised-crime-is-exploiting-covid-19/>, Acceso en: 11 oct. 2021, 20:25:00.

BEITTEL, J. S. *Mexico´s Drug Trafficking Organizations: Source and Scope of the Violence*. Congressional Research Service R41576. April 15, 2013

BLANCO, J. M.; JAIME O. (2014). *Toma de decisiones y visión de futuro para la seguridad nacional.* En De la Corte, L. y Blanco, J. M. (eds.), Seguridad Nacional, amenazas y respuestas. Madrid: LID, 2014

BLANCO, J.M. Inteligencia prospectiva para la Seguridad y la Defensa. Revista Ejército. Número 902, mayo 2016. Disponible en: http://www.ejercito.mde.es/Galerias/multimedia/revista-ejercito/2016/902/accesible/revista_ejercito_mayo_902.pdf Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

BLANCO, J.M. y COHEN, J. La prospectiva en el mundo de la Inteligencia en VV.AA. (2018). La Inteligencia Empresarial en España. Madrid: Editorial Borrmart, 2018.

BRACCI, A., NADINI, M., ALIAPOULIOS, M. et al. *Dark Web Marketplaces and COVID-19: before the vaccine*. EPJ Data Science a Springer Open Journal. London, enero de 2021. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1140/epjds/s13688-021-00259-w#citeas>, Acceso en: 22 ene. 2021, 16:18:00.

BREMMER, I. Every Nation for Itself. Winners and Losers in a G-Zero World. Penguin, 2012.

CEPAL. Cómo evitar que la crisis del COVID-19 se transforme en una crisis alimentaria: acciones urgentes contra el hambre en América Latina y el Caribe. CEPAL, 2020. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/45702-como-evitar-que-la-crisis-covid-19-se-transforme-crisis-alimentaria-acciones, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

COHEN, J.; BLANCO, J.M. Inteligencia y Seguridad para la internacionalización de la empresa. Grupo de Estudios para la Seguridad Internacional, 2017. Disponible en: http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/inteligencia-y-seguridad-para-la-internacionalizaci%C3%B3n-de-la-empresa, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

DANIEL, J. Criminal Governance and Insurgency. CEJISS, 4, 2015.

DE CÓRDOBA, J. *New Face of Mexico Charity: Drug Lord 'El Chapo'*. The Wall Street Journal. Abril de 2020. Disponible en: < https://www.wsj.com/articles/new-face-of-mexico-charity-drug-lord-el-chapo-11587391200>, Acceso en: 12 oct. 2020, 15:45:00.

EESEA. *EeSea blank sailings tracker*. 2020. Disponible en: < https://www.eesea.com/blank-sailings>, Acceso en: 015 ene. 2021, 18:50:00.

EUROPOL. Exploring tomorrows organised crime. Europol, 2015. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/publications-documents/exploring-tomorrow%E2%80%99s-organised-crime, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

EUROPOL. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. *EU Drug markets impact of COVD-19*. Luxemburgo, mayo de 2020. Disponible en: <https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/13097/EU-Drug-Markets_Covid19-impact_final.pdf>, Acceso en: 09 oct. 2020, 16:15:00.

EUROPOL. *Pandemic profiteering how criminals exploit de COVID-19 crisis*. Marzo de 2020. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/pandemic-profiteering-how-criminals-exploit-covid-19-crisis>, Acceso en: 11 oct. 2020, 16:02:00.

FAJARDO, L. *Coronavirus: Latin American crime gangs adapt to pandemic*. BBC News. Abril de 2020. Disponible en: < https://www.bbc.com/news/world-latin-america-52367898>, Acceso en: 9 oct. 2020, 20:50:00.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Global Economic Outlook, ene. 2021. Disponible en: https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

Fundación para la Investigación Aplicada en Delincuencia y Seguridad FIADYS (2020). Impacto del COVID-19 en distintas formas delictivas. Fiadys, 2020. Disponible en: https://www.fiadys.org/publicaciones/impacto-del-covid-19-en-distintas-formas-delictivas/, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. Covid Crime Watch nº12. *The weekly newsletter exploring existing and emerging interactions between COVID-19 and the illicit economy*. Junio de 2020. Disponible en: < https://globalinitiative.net/analysis/covidcrimewatch-n12/>, Acceso en: 08 oct. 2020, 18:27:00.

GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. Policy Brief. *Crisis and opportunity. Impacts of the coronavirus pandemic on illicit drug markets*. Genova, mayo de 2020. Disponible en: < https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2020/05/Crisis-and-Opportunity-Jason-Eligh-GITOC.pdf>, Acceso en: 08 oct. 2020, 16:52:00.

Graf, M., Ghez, J., Khodyakov, D. y Yaqub, O. Individual empowerment. Global societal trends to 2030. Thematic report 3, 2015. Disponible en: https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR900/RR920z3/RAND_RR920z3.pdf, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

Insight Crime. Game Changers 2020: Predicciones para 2021 – La recuperación tras el virus. 31 dic. 2020. Disponible en: https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/gamechangers-2020-predicciones-para-2021-la-recuperacion-tras-el-virus/, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

ILO (International Labour Organization). *ILO: As job losses escalate, nearly half of global workforce at risk of losing livelihoods*. Abril de 2020. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_743036/lang--en/index.htm>, Acceso en: 08 oct. 2020, 18:20:00.

INTERPOL y ENACT (Enhancing Africa´s Response to Traditional Organised Crime). Analytical Report. *Online African organized crime from surface to dark web*. Julio de 2020. Disponible en: < https://www.interpol.int/content/download/15525/file/Online%20African%20Organized%20Crime%20from%20Surface%20to%20Darkweb-17.08.2020.pdff>, Acceso en: 11 oct. 2020, 19:20:00.

KRAVSTER, I. ¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo. Debate, 2020.

NAÍM, M. The End of Power. Basic Books, 2013

NATIONAL INTELLIGENCE COUNCIL. Mapping the Global Future: Report of the National Intelligence Council's 2020 Project. NIC, 2004. Disponible en: www.dni.gov/nic/NIC_2020_project.html, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

OLIVERIO, A.; LAUDERDALE, P. Terrorism - A New Testament. Ontario, Canada: DeSitte, 2005-

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Empowerment: what does it mean to you? ONU, 2012. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/ngo/outreachmaterials/empowerment-booklet.pdf, Acceso en: 15 ene. 2021, 20:00:00.

TALEB, N. El cisne negro: El impacto de lo altamente improbable. Booket, 2012.

TALEB, N. Antifrágil: Las cosas que se benefician del desorden. Paidós, 2013.

VILLATORO, C. Aspectos Socioculturales e Imágenes del Narcotráfico.

Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2012

WEINSTEIN, J. Inside Rebellion: The Politics of Insurgent Violence. New York: Cambridge University Press, 2007.

ORGANIZED CRIME, TERRORISM, OR INSURGENCY? REFLECTIONS ON MEXICO

José Carlos Hernández-Gutiérrez
PhD Candidate in the Department of Political Science at University of Granada, Spain,
jchernandez@ugr.es

Abstract: The phenomenon of organized crime in Mexico is not new. However, it is no less true that, for a few years now, violence caused by or related to criminal organizations has been registering higher levels than ever. This has caused, from different spheres, to wonder if indeed the problem facing the country can still be called organized crime. Can non-state armed actors in Mexico qualify as terrorists? Have they evolved into some form of insurgency? The author of these pages, after conducting a bibliographic review on the variants of terrorism and insurgency used by some authors to refer to the Mexican case, affirms that Mexican criminal organizations are not terrorists or insurgents, but rather profit-making organizations that make a tactical use of terrorism and / or insurgency to achieve economic benefits or the goals of their organizations.

Keywords: Organized crime, Insurgency, Terrorism, Tactical use of terrorism, Mexico.

Resúmen: El fenómeno del crimen organizado en México no es nuevo. Sin embargo, no es menos cierto que, desde hace unos años, la violencia provocada o relacionada con organizaciones delictivas registra niveles más altos que nunca. Esto ha hecho que, desde distintos ámbitos, se pregunten si efectivamente el problema que enfrenta el país todavía se puede llamar crimen organizado. ¿Pueden los actores armados no estatales en México calificarse como terroristas? ¿Han evolucionado hacia alguna forma de insurgencia? El autor de estas páginas, después de realizar una revisión bibliográfica sobre las variantes de terrorismo e insurgencia utilizadas por algunos autores para referirse al caso mexicano, afirma que las organizaciones criminales mexicanas no son terroristas ni insurgentes, sino organizaciones con fines de lucro que hacen un uso táctico del terrorismo y/o la insurgencia para lograr beneficios económicos o los objetivos de sus organizaciones.

Palabras clave: Crimen organizado, Insurgencia, Terrorismo, Uso táctico del terrorismo, México.

INTRODUCTION

The phenomenon of organized crime in Mexico is not new. However, it is no less true that, for a few years now, violence caused by or related to criminal organizations has been registering higher levels than ever. Much of this violence occurs in the form of homicides, which are usually related to an extremely specific crime: drug trafficking. Indeed, Mexican criminal organizations have traditionally had drug trafficking as its main activity in all its phases (OSORNO, 2009; ASTORGA, 2010). However, because of increased competition in the criminal world, these organizations have diversified their activities to maintain or increase their profits. This greater competition, the enrolment of criminal groups in increasingly predatory activities, the paramilitarization of criminal actors and other series of factors (CORREA-CABRERA, KECK, & NAVA, 2015), have caused that the levels of violence in Mexico have reached such an extreme point that political actors as well as academics from different areas ask themselves if indeed the problem facing the country can still be called organized crime.

A group of authors affirms that the acts committed by certain non-state armed actors in Mexico can be classified as terrorism, meaning that some criminal organizations would have evolved into terrorist organizations (LONGMIRE, & LONGMIRE, 2010; PEELE, 2012). Another group of authors, on the other hand, points out that Mexico is experiencing a type of insurgency with no political ends, a criminal insurgency. Finally, there are also those who still defend that the nature of Mexican criminal organizations has not changed, although they sometimes make tactical use of terrorism and/or insurgency. This debate is not only academic, because depending on how violent non-state actors responsible for the high levels of violence in Mexico are understood today, public policy responses will be different.

This paper aims to contribute to this debate by arguing in favour of those who defend that Mexican criminal organizations are not terrorists or insurgents, but rather for-profit organizations that make tactical use of terrorism and / or insurgency to achieve these ends. For that purpose, the work is structured as follows: in the following section the definitions of organized crime, terrorism and insurgency are provided; subsequently, a bibliographic review is made on the variants of terrorism and insurgency that some authors use to refer to the Mexican reality; then, these concepts are critically discussed and it is argued why criminal organizations have not evolved towards others of different

types, while the similarities raised by some authors to defend the existence of such evolution are nuanced; finally, the conclusions are presented.

1. Organized crime, terrorism, and insurgency

Organized crime, terrorism, and insurgency, being as they are, concepts of political use, do not have a universally accepted definition (GÓMEZ-HECHT, 2013; MARRERO-ROCHA, 2017). Rather, what exists is an unsystematic and confusing proliferation of definitions (MALAMUD-HERRERA, 2016). However, a few key elements can be identified in almost all definitions.

As regards organized crime, there are authors who have identified around 150 definitions (SALINAS-CAÑAS, & RIQUELME-RIVERA, 2017). If the definitions contained in national regulations and those provided by researchers in the field are considered, it is not dared to affirm that this number may be even higher. However, an accepted definition for the study of this phenomenon is contained in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime held in Palermo in 2000 (UNGA, 2000). In its second article, paragraphs (a) and (c), the following is stated:

> *(a)* "Organized criminal group" shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;
>
> *(c)* "Structured group" shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure;

Reading the aforementioned article, it is possible to conclude that in order to affirm the existence of organized crime, the presence of at least the following conditions is required: 1) that the group that commits the crime is made up of a minimum number of three people; 2) that said group exists for a certain time acting jointly; and 3) that the group's ultimate objective is to obtain economic or other material benefits (GÓMEZ-HECHT, 2013; MARRERO-ROCHA, 2017).

As far as terrorism is concerned, it is a culturally and politically constructed concept. "Using the word terrorism inherently denotes a negative opinion cast towards an enemy, with the purpose of disqualifying it before

national or international public opinion" (RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, & NIETO-MUÑOZ, 2018, p, 88). For this reason, it is advisable to exercise caution when affirming that a certain organization is a terrorist one, based exclusively on the statements of certain political leaders.

It is possible to find infinite definitions of terrorism, but, from the political point of view, perhaps the definition of Fernando Reinares is the most accurate one (JORDÁN, 2010). This author defines terrorism as it follows (quoted in TORRES, & JORDÁN, 2013, p. 309): "A set of violent actions that generate, in a certain aggregate of population, psychic effects disproportionate with respect to their material consequences that have the purpose of conditioning the attitudes of said social group and orientate their behaviour in a certain direction".

As indicated, there are infinite definitions and typologies (JORDÁN, 2008, 2010). However, it is possible to identify the following common elements in practically all the definitions: premeditated, bound and politically motivated violence; the intention of creating an atmosphere of fear, intimidation, and terror among the population or among a specific group; attacks towards civilians or public officials; and perpetrated by sub-national groups or clandestine agents (ARROYO-JUÁREZ, & RODRÍGUEZ, 2010; FLANIGAN, 2012; PHILLIPS, 2015). Political motivation is of vital importance, because "the main objective of terrorism and its ultimate justification is the advancement of a political cause" (LAFREE, & DUGAN, 2013, p. 118). Thus, the use of violence without political motivation by an organization can be considered a common crime (PHILLIPS, 2018).

Finally, insurgency is also a phenomenon that has multiple definitions and typologies (BUNKER, 2016). In a first approximation, an insurgency could be defined as an irregular army that fights the state security forces and usually has many supporters. Their attacks are often directed at poorly defended government authority posts and their goal is to liberate or conquer territories to establish an alternative government (WEINBERG, 2006).

GARCÍA-GUINDO (2013a, p. 222) critically reviews a series of definitions and states the following:

> almost all (the definitions) agree in pointing out that insurgency is an actor, or a set of actors, who pursue a radical change in the existing political and social order, and that for this they face in an organized and prolonged manner over time the political authority established (whether national or

> foreign) in each territory, through an effective strategy of social mobilization and with intense use of force.

The characteristics of insurgency are, therefore: 1) the pursuit of a specific objective of a political nature; 2) the recognition and acceptance by the population (popular support), determining their success or failure; and 3) the imbalance of forces, which is why the insurgents opt for an asymmetric confrontation (GALULA, 1964; PAGET, 1967; GARCÍA-GUINDO, 2013b).

Although the does not constitute a profound review of the set of definitions of each of the phenomena studied, it does allow us to identify both the central elements and a series of similarities and differences between them. At first glance, there seem to be no problems in differentiating between organized crime and the phenomena of political violence. However, reality often tries to ruin a good theory. The characteristics that Mexican organized crime has adopted in recent years have led a series of authors to add elements to the traditional definition of organized crime.

Specifically, organized crime in Mexico shares characteristics both with terrorism (spreading fear and terror among a broad group of the population) and with insurgency movements (popular support and control of territorial enclaves), the main one being the use of violence. Although the use of violence is not inherent to organized crime, the Mexican reality has contributed to include this element in the definitions that some authors provide on organized crime. Precisely, the use of extreme violence by Mexican criminal organizations is one of the reasons why several authors claim that a transformation of criminal organizations into terrorists or insurgents can be detected. However, if there is an element that allows organized crime to be distinguished from the phenomena of political violence, it is motivation.

Based on this element, we could argue that speaking of criminal organizations as terrorists or insurgents is incorrect and does not help to tackle the problem of violence in Mexico. In addition, the similarities that at first sight exist between organized crime and forms of political violence will be nuanced. However, the main arguments of those who affirm that in Mexico it is possible to find some variants of terrorism or insurgency are presented below.

2. The concepts dog-cats or how no to define the phenomenon of violence in Mexico

SARTORI believes that not defining the concepts correctly leads to creating misconceptions or, as he calls them, "dog-cat" concepts (SARTORI, 2011). One of the sources of these concepts that most directly affects the definition of the phenomena of violence discussed here is gradualism. This is based on the idea that all differences can be extended on a never-ending spectrum. However, in social sciences, concepts based on gradualism are arbitrary, since each researcher is the one who decides the point of continuity at which the concept ends. This, as will be seen below, is what happens with some authors who work on different types of violence.

There are authors who defend that there is no absolute dichotomy between organized crime and terrorism, but that it is possible to identify a series of links between the two (MAKARENKO, 2004; PERRI, LICHTENWALD, & MACKENZIE, 2009; WILLIAMS, 2014; MULLINS, & WITHER, 2016). In a first approach, one can speak about the following terms: interaction, when terrorists and criminals work together or compete; appropriation, when terrorist organizations employ methods typical of criminal organizations (and vice versa); assimilation, when a hybrid organization appears and it is difficult to determine which facet predominates; and transformation, when a change of identity occurs (WILLIAMS, 2014). In a similar path, MAKARENKO (2004) distinguishes seven categories, which can be supressed into four groups: 1) alliances, 2) operational motivations, 3) convergence and 4) the "black hole".

As you can see, it is possible to identify various links between terrorist organizations and criminal organizations. In this sense, a part of the authors who study violence in Mexico have coined different terms to refer to what for them would be a kind of convergence or evolution of criminal organizations towards hybrid entities.

According to LEITNER (2012), one can speak of three generations of terrorism, in each of which terrorist groups adopt different characteristics: 1) terrorism carried out by small groups, with few resources, guided by political and ideological motivations, which attacked governments, companies and financial institutions (Red Brigades, IRA ...); 2) State sponsored terrorism, with religious motivations prevailing (Hamas, Hezbollah ...); and 3) apolitical, business-oriented terrorism, confronted with rival governments and nonstate actors. The latter is led by groups that have unprecedented wealth, which they use to finance and

expand their activities. According to LEITNER (2012), this latest generation of terrorism could include Mexican criminal organizations dedicated to drug trafficking.

In a similar path, DUCHESNE (2018) and DONDÉ-MATUTE (2015) claim that, although criminal organizations are motivated by monetary and material gains, their methods of action closely coincide with the tactics used by terrorist groups (kidnapping, murder, mass murder, attacks on government officials ...). They accept that Mexican criminal groups do not seek to overthrow the government in a traditional sense, although they claim that they harm the government's ability to function effectively, making the government truly powerless. This leads them to conclude that criminal organizations are hybrid entities (criminals and terrorists).

RUIZ (2017, p. 4), for his part, proposes the concept of "terrodelincuencia" (delinquency with elements of terror) to describe the new phenomenon of violence in Mexico:

> Terrodelincuencia is constituted by a group of people, whose origin resides in transnational organized crime or not, with purely economic objectives that carries out acts against the physical or psychological integrity of people as well as public and private goods or services, through means that cause fear or terror in society, characterized by offensive tactics rather than defensive action, the use of high-powered weapons […] and/or by methods of torture and tortuous murder.

"Terrodelincuencia" as it is described above, in short, refers to a type of terrorism without political objectives. However, when it comes to coining terms to refer to the panorama of violence that plagues Mexico, perhaps the most widespread one is that of narcoterrorism (BJÖRNEHED, 2004; DELMONTE, 2008; KNOELES, 2008; RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, & NIETO-MUÑOZ, 2010; HUGHES, 2011; SALT, 2017). Although this concept began to be used in the 1980s to refer to the attack carried out by the Shining Path against a police station, in the case of Mexico it is usually defined as follows:

> The existence of messages and actions that seek to frighten the general population, public servants in the three levels of government and the three powers of the Union. However, they are carried out by drug cartels or organized crime groups and have no ultimate political or ideological goal (RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, & NIETO-MUÑOZ, 2010, p. 89).

In another order of things, as regards the other type of political violence discussed in these pages, several authors defend the idea that in Mexico a type of

insurgency has been taking place for some years without a clear political objective. Along these lines, CORDERO (2013) affirms that criminal organizations dedicated to drug trafficking carry out activities that are increasingly like those carried out by insurgent groups. From his part, MANWARING (2011) defends that a non-traditional insurgent war is being waged in Mexico. The most used concepts to refer to this type of insurgency without clear political objectives are those of narco-insurgency (BRANDS, 2009; ETTER, & LEHMUTH, 2013) and criminal insurgency (CHELLURI, 2011; MANWARING, 2011; SULLIVAN, 2012, 2013; BUNKER, 2016). However, there are no major differences between the two of them.

The concept of criminal insurgency refers to a type of insurgency that is not defined based on its political nature, but rather on the challenge that it represents for the regulatory capacity of the government. The only political motivation of criminal insurgents is "to gain autonomy and economic control over territory" (SULLIVAN, 2012, p. 7). In this sense, "the only motivation for this 'new' kind of rebellion would be to create criminal enclaves in order to ensure freedom to carry out their crimes, becoming a direct threat to the integrity of the State" (ARRATIA-SANDOVAL, 2017, p. 160).

The basis of this type of insurgency is, therefore, the illicit economy. Thus, the place of the political-ideological in the traditional concept in the criminal insurgency is replaced by the obtaining of material gains (BUNKER, 2016). Precisely, the main element of difference between the traditional insurgency and the criminal insurgency is motivation, because while that of the former is political, that of the latter is economic. They seek impunity and carry out their activities without government authorities meddling, which is why they sometimes need to control territories (CAMPBELL, & HANSEN, 2012). De facto they occupy a position of political authority, given the fact that through violence and corruption they can achieve their ends. In this way, its economic and coercive power translates into political power (BUNKER, 2016). CHELLURI (2011) affirms that, although the ultimate objective of criminal organizations is not to achieve political power, the truth is that, with their actions, they pose a threat to stability and state sovereignty. That is why he speaks of criminal insurgency motivated by money but affecting political ends.

In line with the above, MURILLO-ZAMORA (2016, p. 183) affirms the following about criminal organizations dedicated to drug trafficking and certain gangs:

> They constitute a form of insurgency that seeks to modify the state apparatus to generate spaces that guarantee its economic and social benefits, but without necessarily being interested in directly holding political power; therefore, these groups have political ends and interests.

In summary, regardless of the term used to refer to Mexican criminal organizations, the common denominator of the arguments presented above is the following: criminal organizations must be classified as terrorists or insurgents (as the case may be) for the tactical use they make of different types of political violence. Indeed, none of the authors who use some of the concepts presented above is capable of solidly arguing that Mexican criminal organizations seek specific political objectives, and therefore focus on the methods and tactics used by some of them to defend the existence of hybrid organizations in the case of Mexico.

Indeed, it can be admitted that organized crime in Mexico spreads fear and terror among a wide public for its way of acting, just like terrorism (JIMÉNEZ-SERRANO, 2015). It is also possible to argue that, like insurgency groups, Mexican criminal organizations enjoy some popular support in the territories under their control. However, what differentiates terrorist and insurgent organizations from criminal ones are the objectives they pursue: political ones in the case of the former; economic in the case of the latter. In the following pages, it will be argued that the Mexican criminal organizations make tactical use of terrorism and,

sometimes, of insurgency tools (FREEDMAN, 2008), but this does not preclude coining new terms to refer to said phenomenon, unless it seeks to create conceptual entanglement and the impossibility of establishing generalizations.

3. It's not politics, it's just business

If there is one element by which a clear distinction can be drawn between criminal organizations and terrorist and insurgent organizations, it is that of motivation. The main objective (or motivation) of criminal organizations is to achieve profits of an economic and material nature, while the main motivations of the other two types of organizations are political (SANDERSON, 2004; VOINEA, 2012; SALT, 2017). Although all are a threat to the State, while criminal organizations try to control parts of the state apparatus (judicial, law enforcement agencies...) and influence government decisions "in an attempt to protect their economic interests, evade the imprisonment and keeping their

families out of harm's way" (REXTON, 2012, p. 31), terrorist and insurgent organizations seek to revolutionize state structures to adjust them to their political and ideological convictions (BARRIA-ISSA, 2010; FLANIGAN, 2012; CAMPBELL, & HANSEN, 2014).

In the specific case of Mexico, "Mexican drug cartels are companies whose motives, like those of large corporations, are to defend their markets, expand market share, and ultimately maximize profits" (FLANIGAN, 2012, p. 280). While they commit acts of terror or make tactical use proper of insurgency groups, the purpose in this case is to acquire assets and secure the interests of the group, including protection against rival criminal groups and the maintenance of internal discipline (ZUBRZYCKI, 2015). If, for example, they sometimes ambush police stations, the reason is that many police corporations at the municipal level are in collusion with criminal organizations, so that these corporations are perceived by certain criminal groups as the armed arm of their rivals.

If the attacks are sometimes directed against government authorities, this does not mean that the objectives of the attacks are political or ideological. It is true that criminal organizations use violence with some political implications, such as the murder of politicians, and many observers point out that Mexican criminal groups seek territorial control, as do the insurgency groups. However, the violence against the State has the objective of allowing them to continue their illegal business, and not to impose a particular religion or ideology (SANDERSON, 2004). In other words, they do not want to be responsible for the provision of public goods or to write laws (PHILLIPS, 2018). Has any Mexican criminal organization spoken out, for example, regarding a certain education policy?

If criminals participate in politics and act violently during electoral processes, it is to turn the State, at its local level, into a protection company (VILLORIA-MENDIETA, 2012). For example, if the 2018 electoral process is taken as a reference, according to data from the consultancy Etellekt, there were a total of 627 attacks, the majority at the local level (MÁRQUEZ, 2018). On many occasions, these attacks occur to put pressure on certain candidates with the aim of making them quit the electoral race, to continue with their candidacies, usually when a certain criminal organization considers that a candidate violates their interests and businesses.

It is "difficult to accept the existence of criminal groups seeking political power, except to corrupt it, buy it, and successfully conduct their business" (ARRATIA-SANDOVAL, 2017, p. 167). In this sense:

> No Mexican cartel has formally or unilaterally declared war on the State, they are not planning to overthrow any government, nor are they seeking to install their own administration, they only need to weaken or obstruct government action to confront them (ARRATIA-SANDOVAL, 2017, pp. 167-168).

Thus, the involvement of criminal organizations in municipal political life is because they intend to have the support of the municipal government when they are persecuted by the actions of the state or federal police and the armed forces (OCHOA, & HERRERA-TORRES, 2019).

If this difference in objectives between organizations is clear, why coin terms like narcoterrorism or criminal insurgency? The concept of narcoterrorism oversimplifies the reality (MANTILLA-VALBUENA, 2008). As an analytical category, narcoterrorism lacks explanatory value, since the intersection of the terms drug trafficking and terrorism is imprecise from a theoretical point of view, generates conceptual distortions and hinders the adequate understanding of the violence carried out by criminal organizations dedicated to drug trafficking (ARRATIA-SANDOVAL, 2017). Furthermore, it is a concept created more to impact public opinion than to be used in the academic field. As ESCALANTE (2014, p. 1) states, "In narcoterrorism are all the factors to create a 'moral panic': a more or less general concern out of proportion, and the identification of a diabolical subject, who inspires a deep moral outrage and who justifies a violent reaction".

Narcoterrorism, apolitical terrorism, or delinquency with elements related to terrorism are concepts that are based on the idea that an organization does not need to have political objectives to define it as a terrorist. For those who defend this argument, what is important when labelling an organization as a terrorist is their behaviour. In this sense, even accepting that Mexican criminal organizations lack ideology and do not seek to overthrow the government, O'DONNELL & GRAY (2012) affirm that when the frequency with which criminal organizations use terrorist tactics increases, these organizations become terrorists. And they add: "What really makes the Cartels terrorists is their tactics (kidnapping, assassinations, mass murders), their weaponry (high powered assault rifles), and the fact that they target Mexican government officials" (O'DONNELL, & GRAY, 2012, p. 38).

Along these same lines, JACKSON (2015, p. 87) affirms that "the organizations that participate in both terrorist activities and political violence should consider themselves terrorist groups, regardless of whether they are also motivated by financial gains". It is true that terrorism can be defined by the nature of the act or by the identity of its actors and the nature of its cause (HOFFMAN, 1999). However, the author of these pages opts for the second and states with WALDMANN (2012, p. 191) that "not all groups that commit a terrorist attack can automatically be called terrorists". For this to happen, such groups must have clear political objectives, since the ultimate justification for terrorism is the advancement of a political cause (LAFREE, & DUGAN, 2003).

As with terrorism, it has already been seen that insurgency groups have political objectives and that criminal organizations have economic and material motivations. So why do some authors insist on talking about narco-insurgency or criminal insurgency in Mexico? Are there so many similarities between the two phenomena in the Mexican case as to suggest the existence of a sort of hybrid organization? The author of these pages argues that this is not the case, and for several reasons that are explained below.

Most of the authors who defend the existence of some type of insurgency in Mexico argue that the way in which Mexican criminal organizations use violence is like the tactics used by insurgents. This, despite being true, is not indicative that criminal organizations have become insurgents, and this is because the use of violence has different motives. As ARRATIA-SANDOVAL (2017, pp. 178-179) affirms, "the insurgency is distinguished from other forms of violence as being driven by moral injustice (formal complaint), unlike criminal acts that have personal interests (greed)". What characterizes the insurgency is not violence itself, but the purpose for which such violence is used. Therefore, the increase in violence or brutality is not enough to affirm the existence of an insurgency movement (CORCORAN, 2011).

Insurgency movements are about the "fight between a group that is not in power and another one that is" (O´NEILL, 2005, p. 15), turning this dispute into a fight for legitimacy. However, in the case of Mexico, most of the confrontations take place between groups that are not in power, an example of which is that 90% of homicides related to organized crime occur between members of these criminal organizations (ROGAN, 2012).

To achieve that legitimacy that has been previously discussed, insurgent organizations need to raise an attractive cause with which to obtain massive

support from the population, an element that is not present in Mexico in the case of criminal organizations. For the insurgency groups, popular support is a key element (GARCÍA-GUINDO, 2013b). However, the excessive use of violence by Mexican criminal organizations against the civilian population (whether they are directly or indirectly affected) is not compatible with massive popular support.

However, even accepting that in certain regions, Mexican criminal organizations do have popular support, this is not a sufficient reason to speak of hybrid organizations between criminals and insurgents. The reason is that popular support is not an exclusive element of the insurgency groups, as it is also vital for the survival of criminal organizations, especially to prevent information from leaking to the authorities. Other street gangs in the present century and the Cosa Nostra in the past have already appropriated myths, religious symbols, and cultural forms to attract support and legitimize their illicit activities (ENGLUND, 2020). Furthermore, there is an important difference between the popular support necessary for both types of organizations, since "the rebels seek to increase their legitimacy by cultivating a perception as social protectors, criminal groups do not" (ARRATIA-SANDOVAL, 2017, p. 172). Perhaps this is the reason why, unlike insurgencies, criminal organizations have not achieved continuous social mobilization, an element without which it is not possible to speak of insurgency (JORDÁN, 2008).

On the other hand, as with the insurgency, criminal organizations in Mexico use narratives to get support from the population, recruit soldiers, etc. Some examples are the veneration of certain figures such as Jesús Malverde, the saint of drug traffickers; "narcocorridos", a type of music that creates and spreads myths about drug traffickers, etc. All the above is gathered under the umbrella of narcoculture, which constitutes an element that generates values that come to legitimize the criminal activity that is drug trafficking (SULLIVAN, 2013).

However, although some groups use religious symbols and cultural forms (such as La Familia Michoacana or Los Caballeros Templarios), these figures have not played an appreciable role in the operations of these groups. Winning hearts and minds (typical of insurgencies) is not something criminal organizations have done. An example of this is the broad popular support for frontal combat strategies against organized crime (CORCORAN, 2011).

Finally, another element for which one cannot speak of the existence of an insurgency in Mexico is due to the impossibility of perceiving the leaders of criminal organizations as subjects of mediation. Insurgents are non-state armed actors mobilized for political purposes, making them valid interlocutors with whom to carry out a mediation strategy, something that is not acceptable in the case of criminal organizations. They are primarily motivated by profit motive and are only interested in the political power to buy it, corrupt it, and therefore conduct their business successfully (ARRATIA-SANDOVAL, 2017). As Englund (2020) states:

> Adding a criminal facet to insurgency amounts to an unfortunate muddying of the concept. If a violent movement is criminal in nature and driven by profit and does not want to supplant established political governance (but perhaps diminish a government's effectiveness at crimefighting), then it is not an insurgency.

In summary, the term criminal insurgency makes an ideological interpretation of the phenomenon and does not take into account the following aspects: 1) violence in the Mexican case occurs mainly between and within criminal organizations; 2) it is assumed that counterinsurgency measures must be taken, instead of counter-narcotic or law enforcement measures; and 3) it poses the disadvantage of granting the members of these groups a legitimacy that they lack, since if they are conceived as insurgents, they should be given transitional and post-conflict incentives (demobilization, disarmament, reintegration, amnesty ...), which are not suitable for the Mexican case (PAUL, CLARKE, & SERENA, 2014).

CONCLUSIONS

The goal of Mexican criminal organizations continues to be economic. It is true that certain organizations use terrorist and / or insurgent tactics, but there has been no change in these organizations. In the case of Mexico, these groups do not aim at the erosion of the political and social order, nor do they seek to supplant the state, but rather they choose to control the authorities by threatening them with the use of violence or through bribery to obtain protection against other agents of the State or against rival criminal organizations. It is true that these organizations intervene in electoral processes to dissuade candidates that they consider a threat to their interests, an element for which many authors consider that Mexican criminal organizations have political objectives. However,

when they finance certain campaigns and physically threaten or eliminate certain candidates, the ultimate motivation of these actions is no other than to defend their interests in the multiple illegal markets in which they carry out their activities.

Although criminal violence, like that perpetrated by insurgents and terrorists, has the potential to challenge the authority, the legitimacy, and the capabilities of the state, criminal organizations do not intend to change the law, but to benefit from its constant violation. Mexican criminal organizations are not insurgents or terrorists trying to supplant the government, but organizations focused exclusively on maximizing its benefits, even if they must make tactical use of tools more proper of terrorism and/or insurgency movements.

It is not a matter of arguing in vain, but of helping to clarify the nature of the organizations that operate in Mexico and that contribute to the high levels of violence that the country has been registering in recent years. Organized crime is not combated with counterterrorism or counter-insurgency measures, but with intelligence, attacking its financial structure, providing means to the justice systems, greater international cooperation, among other measures. What is clear is that the approach cannot remain the same as it has been until now, because how can you expect different results by always taking the same measures?

Aknowledgments

This work has been financed by the "Programa de Ayudas para Contratos Predoctorales de Formación del Profesorado Universitario (FPU) 2018" of the Ministry of Science, Innovation and Universities of the Government of Spain. The author thanks the comments to previous versions of this work by Dr. Carolina Sampó and Dr. Juan Mario Solís Delgadillo.

REFERENCES

ARRATIA-SANFOVAL, E. ¿Rebeldes sin causa? Caballeros Templarios y los límites de Insurgencia Criminal. *Si Somos Americanos: Revista De Estudios Transfronterizos*, *17*(2), pp. 157-191, 2017.

ARROYO-JUÁREZ, M.; RODRÍGUEZ, S. Terrorismo en México. In: R. BENÍTEZ-MANAUT; A. RODRÍGUEZ-SUMANO; A. RODRÍGUEZ-

LUNA (Eds.), *Atlas de la Seguridad y Defensa de México 2009* (pp.112-115). México: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C., 2010.

ASTORGA, L. Transición democrática, organizaciones de traficantes y lucha por la hegemonía. In: R. BENÍTEZ-MANAUT, A. RODRÍGUEZ-SUMANO; A. RODRÍGUEZ-LUNA (Eds.), *Atlas de la Seguridad y Defensa de México 2009* (pp. 105-109). México: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C., 2010.

BARRIA-ISSA, C. *The use of Terrorism by Drug Trafficking Organizations´ Paramilitary Groups in Mexico*. Master´s Thesis of Science in Defense Analysis, Naval Postgraduate School, Monterey, 2010.

BJÖRNEHED, E. Narco-terrorism: The merger of the war on drugs and the war on terror. *Global Crime, 6*(3-4), pp. 305-324, 2004.

BRANDS, H. *Mexico´s narco-insurgency and U.S. counterdrug policy*. Strategic Studies Institute, 2009.

BUNKER, R.J. *Old and new insurgency forms*. United States Army War College Press, 2016.

CAMPBELL, H.; HANSEN, T. Extreme Violence and Terrorism in Mexico: A Dialogue between Howard Campbell and Tobin Hansen. Small Wars Journal, 2012. https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/extreme-violence-and-terrorism-in-mexico Accessed 17 February 2020.

CAMPBELL, H.; HANSEN, T. Is Narco –Violence in Mexico Terrorism? *Bulletin of Latin American Research*, *33*(2), pp. 158-173, 2014.

CHELLURI, N. New War on America's Old Frontier: Mexico's Drug Cartel Insurgency. *Military Law Review*, *210*(), pp. 51-102, 2011.

CORDERO, C.F. Breaking the Mexican Cartels: A Key Homeland Security Challenge for the Next Four Years. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1202, 2013.

CORCORAN, P. Counterinsurgency is not the Answer for Mexico. InSight Crime, 2011. https://www.insightcrime.org/news/analysis/counterinsurgency-is-not-the-answer-for-mexico/ Accessed 9 March 2020.

CORREA-CABRERA, G.; KECK, M.; NAVA, J. Losing the monopoly of violence: The State, a drug war and the paramilitarization of organized crime in Mexico (2007--10). *State Crime*, *4*(1), 77-95, 2015.

DELMONTE, L. Violence and Terrorism: A Perspective from Mexico. *Defence Against Terrorism Review*, *1*(2), 47-66, 2008.

DONDÉ-MATUTE, F.J. Delincuencia organizada y terrorismo en México. In K. AMBOS; E. MALARINO; C. STEINER (Eds.), *Terrorismo y Derecho Penal* (pp. 217-242). Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

DUCHESNE, D. The Mexican Drug Cartels: Are They Hybrid Terrorist Groups? *SSRN*, 2018. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3214984

ENGLUND, S. Mexican drug cartels are violent – but they´re no terrorists. War on the Rocks, 2020. https://warontherocks.com/2020/02/mexican-drug-cartels-are-violent-but-theyre-not-terrorists/ Accessed 9 March 2020.

ESCALANTE, F. Narcoterrorismo. La fábrica de la opinión pública. Fernandoescalante.net., 2014. http://www.fernandoescalante.net/wp-content/uploads/2014/08/Narcoterrorismo-y-opinión.pdf Accessed 2 February 2020.

ETTER, G.W.; LEHMUTH, E.L. The Mexican drug wars: Organized crime, narco-terrorism, insurgency or asymmetric warfare? *Journal of Gang Research, 20*(4), pp. 1-34, 2013.

FLANIGAN, S.T. Terrorists Next Door? A Comparison of Mexican Drug Cartels and Middle Eastern Terrorist Organizations. *Terrorism and Political Violence*, *24*(2), pp. 279-294, 2012.

FREEDMAN, L. Strategic Terror and Amateur Psychology. *The Political Quarterly*, 76(2), pp. 161-170, 2008.

GALULA, D. *Counterinsurgency Warfare: Theory and Practice*. St. Petersburg, FL: Hailer Publishing, 1964.

GARCÍA-GUINDO, M. El concepto de insurgencia a debate: Una aproximación teórica. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, *12*(1), pp. 211-224, 2013a.

GARCÍA-GUINDO, M. Insurgencia y contrainsurgencia. In J. JORDÁN (Coord.), *Manual de Estudios Estratégicos y Seguridad Internacional* (pp. 287-306). Madrid: Plaza y Valdés, 2013b.

GÓMEZ-HECHT, J.R. El crimen organizado en Mesoamérica y el Caribe: Legado de piratas, contrabandistas y bandidos. *Revista Policía y Seguridad Pública*, (2), pp. 29-63, 2013.

HOFFMAN, B. *A mano armada. Historia del terrorismo*. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

HUGHES, M. The Nexus of Drugs and Terror Combating Narcoterrorism in Mexico. *Diplomatic Courier*, pp. 48-49, 2011.

JACKSON, S.R. Terror in Mexico: Why designating Mexican cartels as terrorist organizations eases prosecution of drug traffickers under the narcoterrorism statute. *National Security Law Journal*, *4*(1), pp. 83- 124, 2015.

JIMÉNEZ-SERRANO, J. Crimen organizado: una aproximación al fenómeno. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, (14), pp. 23-30, 2015.

JORDÁN, J. Las nuevas insurgencias. Análisis de un fenómeno estratégico emergente. *Anuario de Derecho Internacional, 24*(), pp. 271-298, 2008.

JORDÁN, J. Contextualización conceptual, ideológica e histórica del terrorismo global. In E. LÓPEZ-JACOISTE (Coord.), *Seguridad, Defensa y Desarrollo en el contexto internacional actual* (pp. 137-167). Pamplona: EUNSA, 2010.

KNOWLES, G. Threat Analysis: Organized Crime and Narco-Terrorism in Northern Mexico. *Military Review*, *88*(1), pp. 73-84, 2008.

LAFREE, G.; DUGAN, L. Una comparación del estudio del terrorismo y el estudio de la delincuencia. *Revista CENICEP*, (22), pp. 105-143, 2003.

LEITNER, P.M. The nexus between organized crime and terrorism: the case of Mexico and WMD. In S.R. Di RIENZO; Y. ZYLA; M. XHARO (Eds.), *Uniting Intelligence Efforts to Tackle New Emerging Threats* (pp. 29-46). Tiranë: European and Security Affairs Journal, 2012.

LONGMIRE, S.; LONGMIRE, J. Redefining Terrorism: Why Mexican Drug Trafficking is More than Just Organized Crime. *Journal of Strategic Security*, *1*(1), pp. 35-52, 2010.

MAKARENKO, T. The Crime – Terror Continuum: Tracing the Interplay between Transnational Organised Crime and Terrorism. *Global Crime*, *6*(1), pp. 129-145, 2004.

MALAMUD-HERRERA, S. El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, *7*(1), pp. 57-82, 2016.

MANTILLA-VALBUENA, S.C. Más allá del discurso hegemónico: narcotráfico, terrorismo y narcoterrorismo en la era del miedo y la inseguridad global. *Papel Político*, *13*(1), pp. 227-260, 2008.

MANWARING, M.G. Gangs and cartels in coalition and conflict: The insurgency phenomenon in Mexico. In United States Army (Ed.), *The Hybrid Threat. Crime, Terrorism and Insurgency in Mexico* (pp. 23-28). U.S. Army War College, 2011.

MÁRQUEZ, C. Violencia electoral en México: el papel político del crimen organizado. Política Exterior, 2018. https://www.politicaexterior.com/latinoamerica-analisis/violencia-

electoral-en-mexico-el-papelpolitico-del-crimen-organizado/ Accessed 3 March 2020.

MARRERO-ROCHA, I. Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas. *Revista Española De Derecho Internacional, 69*(2), pp. 145-169, 2017.

MULLINS, S.; WITHER, J.K. Terrorism and organized crime. *Connections: The Quarterly Journal*, *15*(3), pp. 65-82, 2016.

MURILLO-ZAMORA, C. El crimen transnacional organizado como insurgencia no política: la experiencia Centroamérica. *Desafíos, 28*(2), pp. 177 211, 2016.

OCHOA, J.; HERRERA-TORRES, H. Local elections and organised crime: The case of Michoacán, Mexico. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 8*(4), pp. 62-76, 2019.

O´DONNELL, B.; GRAY, D.H. The Mexican Cartels: Not just Criminals but Terrorist. *Global Security Studies*, *3*(1), pp. 29-41, 2012.

O´NEILL, B. *Insurgency and Terrorism: From Revolution to Apocalypse*. Washington DC: Potomac Books, 2005.

OSORNO, D.E. *El Cartel de Sinaloa. Una historia del uso político del narco*. México: Grijalbo, 2009.

PAGET, J. *Counter-Insurgency Operations: Techniques of Guerrilla Warfare*. New York: Walker and Company, 1967.

PAUL, C.; CLARKE, C.P.; SERENA, C.C. *Mexico is Not Colombia. Alternative Historical Analogies for Responding to the Challenge of Violent Drug Trafficking Organizations*. California: RAND Corporation, 2014.

PEELE, J. The case of Mexico: A hard pill to swallow. Small Wars Journal, 2012.

https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/the-case-of-mexico-a-hard-pill-to-swallow Accessed 11 March 2020.

PERRI, F.S.; LICHTENWALD, T.G.; MACKENZIE, P.M. Evil twins: The crime-terror nexus. *Forensic Examiner, 18*(4), pp. 16-29, 2009.

PHILLIPS, B.J. What Is a Terrorist Group? Conceptual Issues and Empirical Implications. *Terrorism and Political Violence*, *27*(2), pp. 225-242, 2015.

PHILLIPS, B.J. Terrorist Tactics by Criminal Organizations: The Mexican Case in Context. *Perspectives on Terrorism*, *12*(1), pp. 46-63, 2018.

REXTON, P. En qué nos estamos equivocando con respecto a México. *Military Review*, September-October, (), pp. 29-38, 2012.

RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, G.; NIETO-MUÑOZ, J. El terrorismo como método del crimen organizado en México. In R. BENÍTEZ-MANAUT (Ed.), *Crimen organizado e Iniciativa Mérida en las relaciones México-Estados Unidos* (pp. 87-95). México: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, A. C., 2010.

ROGAN, M.G. *Is the Mexican Narco Violence an Insurgency?* Kansas: Biblioscholar Dissertations, 2012.

RUIZ, A. Terrodelincuencia: un nuevo término para un nuevo fenómeno de violencia en México. *Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México*, pp. 1-21, 2017.

SALINAS-CAÑAS, S.; RIQUELME-RIVERA, J. Democracia, integración y seguridad en América Latina: el Crimen Organizado Transnacional (COT) como desafío. *Revista Enfoques*, *15*(27), pp. 149-172, 2017.

SALT, A.G. Blurred Lines: Mexican Cartels and the Narco-Terrorism Debate. *Journal of Military and Strategic Studies*, *18*(1), pp. 166-188, 2017.

SANDERSON, T.M. Transnational terror and organized crime: Blurring the lines. *The SAIS Review of International Affairs*, *24*(1), pp. 49-61, 2004.

SARTORI, G. *Cómo hacer Ciencia Política: lógica, método y lenguaje en las Ciencias Sociales*. Madrid: Taurus, 2011.

SULLIVAN, J.P. *From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America. Implications for Global Security*. Fondation Maison des sciences de l'homme, 2012.

SULLIVAN, J.P. (2013). Insurgencia Criminal: Narcocultura, Bandidos Sociales y Operaciones de Información. Small Wars Journal, 2013. https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/insurgencia-criminal-narcocultura-bandidos-sociales-y-operaciones-de-informaci%C3%B3n Accessed 5 January 2020.

TORRES, M.; JORDÁN, J. Terrorismo. In J. JORDÁN (Coord.), *Manual de Estudios Estratégicos y Seguridad Internacional* (pp. 307-328). Madrid: Plaza y Valdés, 2013.

United Nations General Assembly (UNGA) (2000). United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto.

VILLORIA-MENDIETA, M. Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias. In Instituto Español de Estudios Estratégicos (Ed.), *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea* (pp. 63-82). Ministerio de Defensa, 2012.

VOINEA, D. Interference Between Terrorism and Organized Crime. *Romanian Journal of Forensic Science, 13*(83), pp. 1109-1111, 2012.

WALDMANN, P. El narcotráfico en México. Una escalada de violencia anómica. *Cuadernos del ICGDE*, (3), pp. 1-23, 2012.

WEINBERG, L. *Sobre insurgencia y terrorismo*. 1st ed. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2006.

WILLIAMS, P. *Organized Crime and Terrorism*. Latin American and Caribbean Center, School of International and Public Affairs, 2014.

ZUBRZYCKI, W. Similarities and differences between organized crime and terrorism. *Internal Security, 7*(2), pp. 53-70, 2015.

EXTREMAR LA VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA DE TRATA: la explotación para cometer delitos

Margarita Valle Mariscal de Gante
Universidad Complutense de Madrid
Profa. Contratada Dra. Derecho penal. Departamento D. procesal y D. penal
mvalle@ucm.es

Resúmen: Normalmente identificamos las formas de explotación más conocidas en relación con la trata de seres humanos con la explotación sexual y la explotación laboral. Ahora bien, podemos encontrarnos, entre otras formas de explotación minoritarias, con la explotación para cometer delitos. La facilidad con la que, en un contexto de violencia, falt de libertad, de vulnerabilidad y en esencia de dominio de la voluntad tal y como el que sufren las víctimas de trata, estas puedan ser obligadas a cometer diferentes delitos para beneficio de sus tratantes, puede resultar notable. La explotación para cometer delitos se deriva no solo de los medios comisivos habituales (violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad o engaño), sino que se ve complementada por el pavor extra que sufre la víctima al ser consciente de que ha cometido un ilícito penal. Para nuestro sistema, en esos casos, la distinción entre la condición de víctima o de infractor resulta sumamente compleja. Los indicios para detectar a una víctima de trata se ven opacados por las señales inequívocas de que se ha cometido un delito. El sistema presenta graves déficits para detectar a las víctimas que sufren ese tipo de explotación, lo que supone, no solo que no será detectada como tal, sino que para el sistema será un infractor y como tal habrá de ser tratado (proceso penal, imposición de pena, ingreso en prisión, etc). En estos casos, la infra identificación que sufren las víctimas de trata se ve acrecentada por su consideración única por la administración como delincuente.

Palabras clave: trata de seres humanos, explotación para delinquir, revictimización

Abstract: We usually identify the most well-known forms of exploitation in relation to human trafficking with sexual exploitation and labor exploitation. Now, we can find, among other forms of minority exploitation, with exploitation to commit crimes. The ease with which, in a context of violence, lack of freedom, vulnerability and essentially control of the will such as that suffered by victims of trafficking, they can be forced to commit different crimes for the benefit of their traffickers , it can be remarkable. Exploitation to commit crimes is derived not only from the usual commissive means (violence, intimidation, abuse of a situation of vulnerability or deception), but is complemented by the extra fear

suffered by the victim when being aware that he has committed an offense penal. For our system, in these cases, the distinction between the condition of victim and offender is extremely complex. The clues to detect a trafficked person are clouded by unequivocal signs that a crime has been committed. The system has serious deficits in detecting victims who suffer this type of exploitation, which means, not only that it will not be detected as such, but that for the system it will be an offender and as such it will have to be treated (criminal process, imposition sentence, imprisonment, etc). In these cases, the under-identification suffered by victims of trafficking is increased by their unique consideration by the administration as criminals.

Key words: Human trafficking, exploitation to commit crimes, revictimization

INTRODUCCIÓN

Normalmente se define la trata de seres humanos como la esclavitud del siglo XXI y supone uno de los grandes problemas a nivel criminógeno que enfrenta la Unión Europea. Es cierto que nos encontramos ante una de las grandes amenazas que se integran en el marco de la criminalidad organizada, junto con el tráfico de armas y el tráfico de drogas, pero definir así la trata de seres humanos insiste en presentar la cuestión únicamente como un problema criminológico. El recurso a esa terminología no consigue transmitir verdaderamente lo que supone la trata de seres humanos. Asociamos la esclavitud con situaciones pretéritas, incompatibles con nuestras sociedades democráticas modernas y consideramos imposible que algo así se dé en nuestros días. De hecho, nos parece imposible que suceda en nuestro país o en los países de nuestro entorno que comparten los mismos valores democráticos y si tal vez conseguimos representarnos la idea de que es algo que sucede en pleno siglo XXI, probablemente tenga lugar en otros países, otros continentes, otros entornos en los que no se respeten los derechos fundamentales y sus regímenes políticos sean escasamente democráticos.

Este es el primer error al que nos enfrentamos cuando hablamos de la trata de seres humanos. Es preciso describir la trata de manera precisa y hacer ver que, por desgracia, no es patrimonio de sociedades poco avanzadas, poco respetuosas con los Derechos Humanos. No es exclusivo de sistemas alejados del nuestro. La trata de seres humanos supone una terrible vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, podemos definir la trata de seres humanos como el proceso a través del cual se consigue el desarraigo completo de una persona y se orienta el dominio que sobre la misma se tiene hacia una finalidad de explotación.

Este desarraigo y este dominio se consiguen cimentados en un claro proceso de deshumanización. La trata busca privar de la condición de ser humano con todos sus derechos, con su dignidad plena, con su capacidad de autodeterminarse como persona a la víctima. El completo dominio sólo puede obtenerse a través de una limitación absoluta de la libertad de la persona, de su capacidad de decisión. La víctima se ve cosificada en su máxima expresión y se anula su propia esencia como persona. De esta manera, la trata supone una extrema lesión de los derechos humanos. Resulta esencial valorar la trata, por tanto, como una vulneración extrema de los derechos humanos, y no sólo como un problema de criminalidad organizada que puede afectar a nuestro país. El punto de vista hay que centrarlo en la víctima y en la lesión y vulneración de sus derechos. No debemos analizar la trata como una cuestión criminógena que puede afectar a nuestras cifras. La trata ha de abordarse partiendo de un enfoque victimocéntrico y de defensa de los Derechos Humanos en el que se sitúe a la víctima como eje central del análisis y foco de protección. El objetivo no reside en obviar que se ha producido un ilícito penal, es decir, no se puede priorizar el enfoque criminocéntrico, pero en ningún caso puede supeditarse la protección de la víctima a la persecución del delito, sino más bien, priorizar la protección y reinserción de la víctima de trata por encima de cualquier otro objetivo.

La forma en la que el conjunto de los agentes implicados en la detección, protección y prevención de la trata de seres humanos trabajen con las víctimas, nos indicará de qué manera se está orientando el análisis desde una perspectiva criminocéntrica o victimocéntrica e incluso la elaboración de las propias leyes que incriminen la trata de seres humanos nos indicarán hasta qué punto el legislador ha establecido esas normas buscando proteger a las víctimas y no solo criminalizar a los autores. La perspectiva victimocéntrica obliga a todos los participantes en el proceso de detección, prevención, análisis, persecución y protección de la trata y sus víctimas, a examinar, en todas y cada una de sus etapas, las repercusiones que una ley, una política, una práctica o una medida pueden tener en las personas que han sido objeto de trata o son vulnerables a ella (Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de Personas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2010, p. 3).

Entendiendo que este ha de ser el objetivo principal de cualquier sistema que opere contra la trata de seres humanos (la protección de las víctimas), resulta procedente el análisis de una circunstancia particular que puede ofrecernos un

panorama detallado de una cuestión que, aunque pudiera parecer puntual resulta de gran importancia.

1. Explotación para la comisión de delitos

Como ya hemos definido, la trata de seres humanos supone un dominio y un control sobre una persona. Dicho dominio y control se orientan hacia una finalidad de explotación. El desarraigo, la deshumanización, se producen porque se busca obtener un beneficio a través de la explotación de esa persona. Se busca que la persona funcione como un instrumento, como una herramienta, como elemento más de un proceso productivo que produzca beneficios. En este sentido, la explotación puede darse en el ámbito sexual (para la prostitución, para la pornografía, etc), en el ámbito laboral, podemos encontrarnos con explotación para el ejercicio de la mendicidad, explotación para la extracción de órganos, para contraer un matrimonio forzoso o para cometer delitos (todas estas formas de explotación se encuentran reconocidas en nuestro Código penal, ar. 177 bis.).

Según el último informe emitido por la Comisión Europea (Brussels, 20.10.2020 Com(2020) Report from the commission to the european parliament and The council), las víctimas de trata se agrupan fundamentalmente en torno a dos grandes formas de explotación. Por una lado, la explotación sexual que abarca aproximadamente el 60% de las víctimas, siendo el 90% de ellas mujeres (lo que sustenta el clarísimo sesgo de género que presenta este delito y más concretamente este tipo de explotación). Por otro lado un 15% de las víctimas son captadas para ser sometidas a explotación laboral (explotación en el sector agrícola, agencias de colocación privadas, la construcción, trabajo doméstico, hostelería, sector textil, etc.).

De estas cifras se deduce que el resto de las víctimas son captadas para el ejercicio de cualquiera de las otras formas de explotación reconocidas. Entre ellas nos encontramos una forma de explotación escasamente identificada por el momento (a continuación, indicaremos las razones por las que consideramos que se trata de una forma de explotación escasamente reconocida aunque no escasamente ejercida).

En este sentido, por tanto, una de las formas de explotación en las que la víctima puede encontrarse en una posición de mayor debilidad y en la que resulta necesario adoptar una posición vicitimocéntrica, la descubrimos en los casos en los que la víctima, además, de haber sufrido todo el proceso de desarraigo y

cosificación que forma parte de la trata, ha sido obligada a cometer algún delito. Se trata de una de las circunstancias que generan mayor vulnerabilidad dado que la comisión de delitos dentro del marco de la relación de sometimiento de la víctima de la red de trata, no solo supone que el tratante se aproveche de dicha situación de dominación, sino que a partir de la comisión de determinados ilícitos, consigue coaccionar en mayor medida a la víctima, puesto que la comisión de un primer delito sirve como excusa para amenazar a la víctima con la delación a las autoridades locales que, tal y como suelen argumentar los tratantes, se caracterizan por su corrupción y habitual abuso de los delincuentes extranjeros, por lo que la permanencia en el marco de la red de trata siempre será más beneficioso para la víctima. Así, se vincula de forma más intensa a la víctima, que no solo se encuentra atada por la violencia que sobre ella se ejerce, la ausencia de documentación, muchas veces el desconocimiento del idioma del país en el que se encuentra y el completo desarraigo que tiene allí, sino que, además ha de enfrentarse al hecho de que es una delincuente, cualidad que el tratante explotará y potenciará tanto en beneficio propio como de la red de trata (VALLE, 2015, P. 135).

En relación con esta forma de explotación resulta imprescindible tener en cuenta los intereses de la víctima en primer lugar, para poder defender adecuadamente sus derechos y libertades fundamentales, incidiendo más en el carácter de conducta lesiva que para los sujetos pasivos que la padecen ha supuesto, que en su condición de conducta con relevancia penal (VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p.8) , de tal manera que el análisis de la comisión de determinados ilícitos penales pueda suponer el inicio de una criminalización secundaria aislada por completo del proceso de trata en el que se encuentra inmersa. Es vital asegurar que la víctima no será castigada por los ilícitos cometidos a causa de su condición como víctima de trata. Resulta fundamental que ésta no perciba el hecho de haber cometido determinados ilícitos como un obstáculo a su identificación como víctima y a su posterior protección por parte del Estado. Es imprescindible, por tanto, que se priorice la protección de dicha víctima antes que el castigo del ilícito cometido por ella y que se penalice a quienes las explotan y utilizan. Si no se orienta, no solo la regulación, sino también la identificación en este sentido, las víctimas llegarán a ser tratadas como delincuentes y de esto se beneficiarán los tratantes.

La obligación de proteger a la víctima por haber sido objeto de una grave vulneración de los Derechos Humanos está presente en todos los instrumentos internacionales, y se aprecia especialmente en la regulación del principio de no

incriminación de la víctima de trata, que busca evitar la revictimización de la víctima producida por su sometimiento al ordenamiento jurídico no como víctima de un delito, sino como autora del mismo. Es un objetivo prioritario que el contacto que tenga la víctima con el ordenamiento jurídico en su conjunto, sea como sujeto necesitado de protección, en ningún caso como sujeto activo de un delito y que ingrese en el sistema de manera incorrecta.

De esta manera, tanto en el Convenio de Varsovia, art. 16 ("Cada parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida en que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas"), como en la Directiva 36/2011/UE, art. 8 ("los estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el art. 2"), podemos encontrar la referencia concreta a las normas que han de incluir los diferentes Estados para proteger a las víctimas de ser detenidas, procesadas y condenadas por las actividades ilícitas que hubieran podido cometer en el marco de su posición como víctimas de trata.

A pesar de la claridad con la que las normas de carácter internacional exponen este principio de no incriminación, lo cierto es que nos encontramos con numerosas dificultades para evitar la revictimización de las víctimas de trata obligadas a cometer delitos y todavía existen notables obstáculos para ejercer de manera correcta su protección. En las líneas que siguen, intentaremos exponer cuales son las dificultades más habituales a la hora de conseguir la protección plena y la evitación de la doble victimización en relación con dichas víctimas.

A continuación, haremos un breve repaso sobre aquellas circunstancias, bien contenidas en la norma, bien derivadas de la práctica habitual, que dificultan la correcta aplicación de este principio de no incriminación y sitúan a la víctima en un plano incorrecto.

2. Formas de comisión de los delitos

Aunque acabamos de hacer un somero enunciado de los delitos que con mayor frecuencia pueden ser cometidos por las víctimas de trata, es necesario

señalar la trascendencia que tiene tanto el propio delito, como el momento en el que este se comete y el hecho de que sea la única actividad de la víctima o esté compartida junto con otras actividades.

Así, en primer lugar podemos indicar que la modalidad de explotación para cometer actividades delictivas puede llevarse a cabo como modalidad independiente de explotación, así como ser parte de una modalidad de "poliexplotación".

Las víctimas pueden ser captadas únicamente para la comisión de hechos delictivos. Este será el caso de aquellas víctimas que sean captadas para transportar droga desde países ajenos al nuestro (las habitualmente conocidas como "mulas"). En esos casos, la captación tiene como único objetivo el tráfico de drogas, por lo que la explotación acabará con la llegada a nuestro país y la entrega de las substancias.

Este modelo de explotación única se produce también en el caso de las personas que son captadas para realizar las tareas de cultivo, cuidado y tratamiento de los cultivos indoor de cannabis. En este caso, de nuevo, las víctimas no tienen mayor función que la realización de la actividad delictiva.

De manera complementaria, nos encontramos con víctimas que son explotadas en una actividad que podríamos denominar como "principal" y que normalmente suele consistir en explotación sexual, laboral o explotación para el ejercicio de la mendicidad. En estos casos y en el contexto de dichas formas de explotación, se fuerza la realización de actividades delictivas como complemento a la actividad principal. Puesto que los medios comisivos ya han surtido el efecto necesario para doblegar la voluntad de la víctima, someterla a explotación y cosificarla y deshumanizarla, no resulta complicado introducir la coacción para llevar a cabo actividades delictivas. En estos casos suelen ser habituales el tráfico de drogas a pequeña escala entre los clientes de prostitución ("menudeo"), la realización de pequeños hurtos de cosas de poco valor (víctimas que ejercen la mendicidad) o incluso la realización de ilícitos consistentes en la duplicación de tarjetas de crédito (víctimas sometidas a explotación laboral).

Como podemos observar, en todos estos casos, las actividades delictivas se insertan dentro del marco concreto de la explotación, bien como actividad única, bien como actividad complementaria o subsidiaria. En estos casos no debería ser complicado vincular dichas actividades delictivas con la trata de seres humanos.

Ahora bien, podemos también encontrarnos con casos en los que la víctima lleva a cabo determinadas actividades delictivas con ocasión de su traslado y cuando todavía no ha comenzado la explotación concreta. Estos serían los casos de uso de documentación falsificada o del intento de cruzar las fronteras simulando ser las madres de bebés que no son hijos suyos.

Por último, también podemos hacer referencia a los casos más complejos en los que a la víctima se le ofrece, como única posibilidad de escape de la red, el convertirse en personal reclutador por una única vez, para así convencer a otra persona (normalmente de su propia localidad, suele ser algún familiar, amiga o conocida, con la que pueda tener cierto grado de confianza), y de esta manera llevar a cabo un "cambio de cartas". La primera víctima consigue quedarse fuera tras conseguir incorporar a una nueva víctima a la red.

3. Dificultades de identificación. Autoidentificación

La comisión de delitos sitúa a la víctima en un plano de indeterminación. Ella misma es incapaz de calificarse como víctima, puesto que es consciente de que ha cometido un delito.

Uno de los problemas más complejos en relación con las víctimas de trata es su autoidentificación como víctimas. Aunque nos encontremos frente a situaciones de explotación sexual o laboral, muchas veces la víctima no dispone de las herramientas para identificarse como tal. Ya sea por condicionamientos sociales, culturales, de origen, de pertenencia a un grupo, muchas veces las víctimas son incapaces de identificarse como tales, puesto que les han hecho creer que la explotación es necesaria para que a su familia no le suceda nada, que es el pago obligado a una deuda contraída por ellas, que al incumplimiento de la explotación subyace algún tipo de consecuencia religiosa, espiritual incontrolable, etc. En este sentido, las víctimas necesitan ayuda para poder reafirmarse en su condición de víctimas.

Si esta situación por lo general resulta compleja, estos problemas de autoidentificación se multiplican en el caso de las víctimas que han sido obligadas a cometer delitos.

Por un lado son víctimas que son conscientes de que han cometido un delito, y partiendo de la experiencia para ellas conocida en sus países de origen sobre la relación policía- delincuentes, presentar un miedo cerval a su identificación

por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. Son víctimas que, ante el miedo a ser identificadas como delincuentes, renuncian a ser identificadas como víctimas de cualquier otra forma de explotación.

En determinadas ocasiones la propia red de trata lleva a cabo un mecanismo para controlar a sus víctimas que consiste en involucrarlas en las actividades ilegales que realizan. Se trata del mecanismo denominado "colusión" o "conspiración" (VILLACAMPA ESTIARTE, 2011, p. 136) y mediante esta táctica, se aseguran que la víctima tenga otro "vínculo" con la red más allá de la mera coacción o violencia ejercida para su mantenimiento en la misma. Así, se le entrega una pequeña cantidad de dinero por cada delito cometido; al incentivar su participación en determinados delitos se consigue que manifieste cierto sentimiento de pertenencia a la "empresa" por un lado, por otro que demuestro cierto grado de "miedo institucional" (Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la Justicia penal, módulo 4, p. 7), y se consigue alcanzar una relación de carácter más personal, puesto que se "iguala" en determinados círculos a la víctima con los miembros de la red. La víctima acepta determinadas cantidades de dinero porque piensa que así por lo menos puede extraer algún beneficio de su explotación de tal manera que pueda sustentar a su familia y esta situación le hace sentir culpable. Muchas veces las víctimas más propiciatorias de este sistema de colusión con aquellas que han sufrido un engaño parcial. Este sería el caso, por ejemplo, de las víctimas que sabían que iban a ejercer la prostitución y que no pueden remediar no haber dado su consentimiento a las relaciones sexuales en cada ocasión, o sin protección, o a un determinado acto sexual (Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la Justicia penal, módulo 4, p. 7).

Por último, similares a los supuestos de "colusión", son los casos en los que la víctima continua siéndolo de la red de trata, pero se ve obligada a llevar a cabo determinados ilícitos relacionados con la propia red. Es decir, se obliga a la víctima a que colabore con la organización realizando labores de vigilancia y control de las otras víctimas (SERRA CRISTÓBAL, 2007, p. 96). En estos supuestos se convierte al mismo tiempo, en víctima y tratante. La víctima colabora con la red pero no deja de ser víctima al mismo tiempo, por lo que se trata de una consecuencia de integración en la propia red. En estos casos, la víctima sufre el conflicto de considerar que contribuye en la estructura de la red y de nuevo le resultará difícil identificarse como víctima de trata de seres humanos.

Esta situación es distinta de aquella que se produce cuando la víctima se involucra de tal manera en las actividades delictivas de la red que pierde toda consideración como víctima, primando su sentimiento de pertenencia a la organización por encima de su sentimiento de victimización y por tanto alcanza el siguiente nivel: es promocionada desde el nivel de víctima al de tratante. Estos supuestos no pueden considerarse infrecuentes, y la justificación de que una víctima de trata pueda convertirse a su vez en tratante podemos encontrarla en el hecho de que la persona estuviera sometida a medidas de control prolongadas antes de cometer el delito, que el haber sido víctima le haya causado tal trauma que no pueda dedicarse a ningún otro trabajo, que haya sido rechazada por su propia comunidad por haber sido víctima de trata o por no poder integrarse en la sociedad dado que no tiene ninguna especialización o no sabe hablar el idioma y no tiene otro medio de sustento. (Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, 2010, módulo 14, p. 10). De esta forma, se consigue introducir en la red a sujetos activos de sexo femenino, que generan una mayor confianza en las víctimas cuando van a ser reclutadas, lo cual facilita el proceso. Sin obviar el hecho de que esta situación no es sino una consecuencia más del devastador proceso que es la trata de seres humanos y las intensas cicatrices que deja en todas aquellas personas que la sufren, no podemos incluir estos casos como aquellos que han de beneficiarse de cualquier práctica derivada del principio de no incriminación. En estos supuestos, a pesar de que se cometen delitos, se llevan a cabo por parte de alguien que ha dejado de ser víctima y se ha integrado como tratante (Memento penal, 2020)

4. Dificultades de identificación. Identificación por parte del sistema:

Es de sobra conocido que uno de los grandes problemas relacionados con la trata de seres humanos tiene que ver con la identificación de las víctimas. La trata de seres humanos es un delito cuyas estadísticas se mueven entre los márgenes de una amplísima cifra negra. Se habla siempre de las posibles víctimas a nivel mundial, pero nos solemos encontrar con estimaciones que, de momento, resultan de imposible verificación. Es cierto que se trata de un negocio que mueve millones y que lamentablemente, se encuentra en permanente ampliación y expansión. Sabemos que se desarrolla en el marco de una clandestinidad muy intensa y que se lleva a cabo en el marco de actividades de explotación que se realizan de manera oculta, por lo que la identificación de todas las potenciales víctimas resulta muy

difícil.
Si estos problemas se plantean para víctimas que son explotadas en sectores de más fácil identificación (explotación sexual, explotación laboral, etc), las dificultades crecen exponencialmente cuando nos hallamos ante víctimas que son explotadas para delinquir o que realizan actividades delictivas en el marco de su explotación.

Como ya hemos indicado nos enfrentamos a particulares problemas de autoidentificación, pero no es sólo eso lo que dificulta su identificación por las autoridades competentes. En casos de víctimas que cometen delitos, su identificación resulta incluso más compleja.

Son víctimas que no responden al patrón habitual de víctimas. Su primer contacto con el sistema suele ser como infractoras y la identificación instantánea es como delincuente. Los operadores involucrados en la detección e identificación de víctimas de trata de seres humanos basan su identificación en pautas estándar en relación con el perfil de víctima. Suelen asociar la trata de seres humanos a víctimas mujeres, procedentes de determinados países, que se encuentran sometidas a explotación sexual. En muchos casos, son incapaces de superar ese perfil para poder identificar correctamente que tras el superficial perfil de autor de un delito se encuentra una víctima de trata. Se produce una divergencia entre lo que los operadores consideran una víctima de trata y lo que presenta la realidad. Nos encontramos con una víctima que no está siendo explotada en los campos habituales, que la gran parte de las veces no se reconoce a sí misma como víctima puesto que se identifica como infractora. Este déficit de identificación supone el principal hándicap para el reconocimiento y protección de las víctimas de trata sometidas a la explotación para cometer delitos.

5. Dificultades en el marco del sistema penal

Elemento fundamental para proceder a una correcta protección de este tipo de víctimas, es que la ley reconozca de manera clara el principio de no incriminación y que éste pueda aplicarse en toda su magnitud. En este sentido, resulta obligado, aunque sea someramente, revisar si la norma penal española ha recogido las líneas esenciales de ese principio, y si nuestros tribunales tienen las herramientas necesarias para aplicarlo.

El Código penal español recoge las exigencias derivadas de la normativa internacional en una previsión específica contenida en el art. 177 bis.11:

> Sin prejuicio de la aplicación de las reglas generales de este código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

La redacción de este precepto es bastante clara, y, a priori, parece incluir todos los elementos necesarios para poder admitir que en el ordenamiento español se ha incluido el principio de no incriminación.

Ahora bien, una lectura más detenida puede conducirnos a cuestionarnos si efectivamente los objetivos pretendidos por parte de los instrumentos internacionales se ven cumplidos a través de dicha previsión. En el caso del ordenamiento español se incluyen dos circunstancias que pueden complicar la aplicación de este principio (VALLE, 2015, pp 135 y ss, ; VALLE, 2019)

En primer lugar se exige que el delito se cometa en fase de explotación. Evidentemente una gran mayoría de los delitos que hemos descrito en los apartados anteriores, se llevarán a cabo al mismo tiempo que la víctima es explotada. Para estos supuestos no supondría ningún problema lo incluido en el artículo. El problema nos lo encontraremos en aquellos supuestos en los que la víctima comete el delito en fases anteriores a la explotación. Todos aquellos delitos que, por ejemplo, cometa la víctima con ocasión de su traslado a la península, no se verán abarcados por la previsión del art. 177 bis.11 CP. Esta dificultad aplicativa carece de sentido, puesto que la trata, como ya hemos indicado, se describe como un proceso que se inicia en el mismo momento que la víctima es captada con el objetivo de ser explotada, con independencia de que dicha explotación no se haya iniciado. La limitación a la fase final de la trata no se encuentra contenida en ninguno de los instrumentos internacionales ya referenciados. Ni el Convenido de Varsovia ni la Directiva 36/2011/UE contienen restricción alguna en relación con el momento de comisión del delito. En estas normas se remite directamente a la víctima de trata, en ningún caso de forma exclusiva a la víctima de explotación.

En relación con estos supuestos, por tanto, nos encontramos con una laguna que favorece la vulneración de los derechos de víctimas en tránsito y que fomenta su identificación única como delincuente, puesto que sin haber comenzado la fase de explotación, las posibilidades de que sea identificada correctamente son muy escasas.

Por otro lado, la norma incluye una exigencia de proporcionalidad entre los medios comisivos (violencia, engaño, intimidación, abuso de una situación de vulnerabilidad) y el delito cometido por la víctima. La base del delito de trata de seres humanos se establece sobre la comprensión de que la trata es un proceso en el que la víctima encuentra absolutamente limitada su capacidad de acción, decisión y autodeterminación. El engaño, violencia, intimidación o abuso son tan relevantes que constriñen de manera absoluta la capacidad de decisión de la víctima en relación con su propia actuación. La víctima de trata de seres humanos en ningún caso se encuentra en una situación de control de su voluntad. Antes bien, esa posición se encuentra suplantada por el dominio de sus captores. La víctima no ostenta posibilidad de decidir sobre su presente o futuro y esa posición de dominio se basa en los medios comisivos propios del delito de trata (VALLE, 2019).

En este sentido, la proporcionalidad puede establecerse entendiendo que las víctimas no tienen otra posibilidad real que no sea la de realizar todas las acciones a las que se vean obligadas. Normalmente, cuando la víctima de trata de seres humanos comete el delito, no solo lo hace por la especial violencia, intimidación o engaño a la que se ve sometida, sino que en el marco del propio proceso la actuación de sus captores y tratantes incide en su propia vulnerabilidad, por lo que en el contexto en el que se comete el delito, la víctima no tiene otra alternativa, real o aceptable, que hacerlo. Puesto que la cláusula del art. 177 bis.11 CP no debe excluir ningún delito cometido por la víctima (FGE 5/2011, p. 33; CGPJ, 2018, p. 116) el requisito de la proporcionalidad ha de entenderse como el contexto general conformado por los medios comisivos a lo largo de todo su proceso.

Por último, resulta obligado valorar si los tribunales pueden aplicar de manera correcta la previsión legal para conseguir que las víctimas de trata que cometen delitos sean identificadas y consideradas como víctimas, más allá de una posible identificación como delincuente.

En este sentido, el panorama al que nos enfrentamos no resulta excesivamente óptimo. Los tribunales requieren que la víctima de trata sea declarada como tal para poder eximir de su responsabilidad por el delito cometido.

Como ya hemos indicado, la mayor parte de las veces la víctima tiene contacto con el sistema en su calidad de infractora, lo que impide que los tribunales reconozcan su perfil y por tanto puedan tenerlo en cuenta.

Si, por el contrario, nos encontráramos con una víctima en relación con la que se identifican indicios de trata de seres humanos, nos encontramos con el problema de que tal y como entienden los tribunales españoles la condición de víctima, esta solo es alcanzada, en el caso de la trata, cuando se ha producido una resolución judicial en el marco de un procedimiento de carácter penal que determine que se ha realizado un delito de trata de seres humanos, identifique a los responsables y se les condene por ello (VALLE, 2019).

Los tribunales no reconocen como víctimas "formales" de trata a aquellas que han sido identificadas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, e incluso por instancias administrativas y de esa manera se les concede el periodo de restablecimiento y reflexión que sólo puede concederse a aquellas personas que presentan indicios que permitan identificarlas como víctimas de trata. Esta situación plantea una gran dificultad. Lo lógico sería pensar que si la víctima de trata de seres humanos ha sido identificada por la autoridad administrativa, que considera que hay suficientes indicios como para entender que nos hallamos ante una víctima de trata, entonces podríamos eximir de responsabilidad a la víctima por el delito cometido.

Ahora bien, los tribunales consideran la identificación por parte de las FFCCSE y la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión como una "apreciación policial provisiona, según la cual existan motivos razonable para creer que haya podido ser víctima de trata de seres humanos. Tal apreciación puede, y debe, producir los efectos prevenidos en la ley, y reglamentariamente respecto de la situación administrativa, como extranjero, de la persona afectada, pero no es demostrativa, por sí misma de tal condición de víctima "(ATS 5159/2013; ATS 20606/2017).

Esta limitación en el reconocimiento de las víctimas de trata supone un grave obstáculo para la exención de responsabilidad de la víctima de trata que ha cometido un delito.

CONCLUSIONES

Dentro de un marco general victimocéntrico, resulta básico alcanzar la plena identificación y protección de aquellas víctimas de trata de seres humanos que se hayan visto obligadas a cometer algún delito.

Esta protección nace tanto de los instrumentos internacionales que regulan la trata de seres humanos, como del propio compromiso que han de tener los Estados democráticos en llevar a cabo una defensa real de los Derechos Humanos.

La identificación y protección completas pueden alcanzarse a través de mejoras legislativas, de avances en la formación de los operadores que trabajan con las víctimas e incluso de intensas campañas pedagógicas en las que todos los ciudadanos podamos ser conscientes de lo que puede estar ocurriendo a escasos metros de nuestras casas y trabajos.

Si no conseguimos proteger a la víctima de trata que ha cometido un delito y partimos de una incorrecta identificación de la misma, nos encontraremos con unas perniciosas consecuencias que cuestionarán todo nuestro sistema de protección. Se producirá una revictimización de la víctima, puesto que además de ser víctima de la trata de seres humanos, el Estado únicamente la identifica como infractora, de tal manera que se le impide el acceso a cualquier tipo de reparación, atención, etc.

La correcta identificación de las víctimas de trata ha de ser un objetivo prioritario para el sistema que evite que la víctima continúe sufriendo la vulneración de sus derechos más fundamentales.

REFERENCIAS

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, CGPJ, 2018, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-presenta-una-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-detectar-e-investigar-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion. (última consulta feb 2021)

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011.

GRETA *Report concerning de implementation of the Council of Europe Convention on Action against trafficking in human beings by Spain*, Council of Europe, 2018, https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0 (última consulta feb 2021)

MANUAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS PARA PROFESIONALES DE LA JUSTICIA PENAL, UNODC, Nueva york, 2010 (módulos 4, 11 y 14).

MEMENTO PENAL, Francisc Lefevre, 2020, https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=C9D234CFF79BFA212DE5E52B7CE5FD0E.TC_ONLINE04?producto=UNIVERSAL&memento=2011/900019#%2FpresentarMemento.do%3Fnref%3D7dbdbbb3%26producto%3DUNIVERSAL%26marginal%3D9050%26rnd%3D0.7760536564187293 (última consulta feb 2021)

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES RECOMENDADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2010.

REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND

THE COUNCIL. Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings, (2020) as required under Article 20 of Directive 2011/36/EU on preventing and

combating trafficking in human beings and protecting its victims https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/third_progress_report.pdf (última consulta feb 2021)

SERRA CRISTOBAL, R, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2007

VALLE MARISCAL DE GANTE, M, "La víctima de trata de seres humanos como autor de delitos: la excusa absolutoria del art. 177 bis 11", en *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/ Valle Mariscal de Gante (coords), Edisofer, Madrid, 2015.

VALLE MARISCAL DE GANTE, M, "La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal", en Movilidad humana: entre los derechos y la criminalización, nº 18, número monográfico en *Crítica penal y poder*, 2019, https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30418, (última consulta feb 2021).

VILLACAMPA ESTIARTE, C, *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho internacional,* Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

